









Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.
Jahrgang 1846.

Herausgegeben
von
den Professoren

J. F. H. Abegg
in Breslau,

F. C. Th. Hepp
in Tübingen,

J. M. F. Birnbaum
in Gießen,

C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,

A. W. Heffter
in Berlin,

C. G. v. Wächter
in Tübingen,

H. A. Zachariä
in Göttingen.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn.
1846.

Drittes Stück.

Viertes Stück.

Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben

von

den Professoren

J. F. H. Abegg
in Breslau,

F. C. Th. Hepp
in Tübingen,

J. M. F. Birnbaum
in Gießen,

C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,

A. W. Heffter
in Berlin,

C. G. v. Wächter
in Tübingen,

H. A. Zachariä
in Göttingen.

Jahrgang 1846.

Erstes Stück.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn.
1846.

Drittes Stück.

Viertes Stück.

Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben
von
den Professoren

J. F. H. Abegg in Breslau,
F. C. Th. Hepp in Tübingen,
J. M. F. Birnbaum in Gießen,
C. J. A. Mittermaier in Heidelberg,
A. W. Heffter in Berlin,
C. G. v. Wächter in Tübingen,
H. A. Zachariä in Göttingen.

Jahrgang 1846.
Erstes Stück.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn.
1846.

Inhalt.



Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1846. Erstes Stück.

I.

Beiträge zur Lehre von dem Verbrechen des Incestes.

Von

Abegg.

I.

Das Verbrechen des Incestes im weitern Sinn (crimen incestus oder incesti) wird meist als eine solche Geschlechtsverbindung bezeichnet, welche zwischen Personen statt findet, deren nahe Verwandtschaft oder Schwägerschaft für sie ein Ehehinderniß ist [1]). Gegen diese Definition läßt sich vom Standpunkte des positiven Rechts nichts erinnern, besonders wenn, wie dieses im römischen

1) So fast in allen Lehrbüchern, jetzt auch bei Rein Criminalrecht der Römer. Leipzig 1844. S. 870., wofür man sich auf Gaji Inst. I. 58. 59. u. *Inst. Justin.* de nuptiis I. 10. §. 1. Ulp. V. 6. und andere Stellen des römischen Rechts berufen könnte, die allerdings nur für eine beschränktere Auffassung geltend gemacht werden dürfen.

Rechte der Fall ist, die Ehehindernisse innerhalb angemessener Grenzen aufgestellt und nicht weiter ausgedehnt sind, als es sittliche Anforderung ist. Allein man kann sich nicht verhehlen, daß diese Bestimmung theils eine blos abstracte ist, in sofern sie den Inhalt der Uebertretung, der durch das nur allgemein angedeutete Verhältniß bedingt ist, nicht genauer angiebt, theils wo sie auf die in einem andern Gebiete zu findende nähere Angabe verweiset (nämlich auf die Lehre von den Ehehindernissen), die dann selbst eben so positiver Natur ist, den Charakter der Willkührlichkeit nicht zu verläugnen vermag. Daß, um die Verbindung zu einer strafbaren zu machen, die Kenntniß des nahen Verhältnisses auf Seiten des Schuldigen erfordert werde, ist zwar richtig, und es mag daher auch dieses mit in die Definition aufgenommen werden, da man mit Recht annimmt, daß es einen strafbaren culposen Incest (s. g. *quasi-incestus*) nicht gebe [2]). Allein das Ehehinderniß ist hier für sich, und wie es etwa positiv ausgesprochen ist, weder der Grund des Verbrechens, noch kommt es darauf an, daß etwa bei der Bekanntschaft mit dem Vorhandenseyn des nahen Verhältnisses eine Unwissenheit hinsichtlich des Ehehindernisses obwaltete, da solcher Rechtsirrthum oder Rechtsunkenntniß nicht zur Entschuldigung, ja nicht einmal zur Ausschließung des dolus dient, wenn dessen sonstige Voraussetzungen nicht fehlen. So wenig kommt hier das Ehehinderniß für sich allein in Betracht, daß — worüber gewiß kein Zweifel herrscht — die Schuldigen sich nicht etwa darauf berufen können, sie hätten bei Eingehung der (verwerflichen) Geschlechtsvereinigung eine Ehe weder geschlossen noch beabsichtigt; es sey vielmehr das Eheverbot respectirt worden. Es wird ja eben sowohl die außereheliche, als die eheliche incestuose

---

2) Mein Lehrbuch der StrafRW. §. 542.

Verbindung für strafbar erklärt, und die Berufung auf das Ehehinderniß, welches selbst auf einem andern tiefern Grunde beruht, findet vornehmlich statt, um an einer äußerlichen und positiven Bestimmung einen Halt für die sittliche Forderung zu haben. Nicht, weil die Ehe verboten ist, wird die Geschlechtsverbindung Incest, sondern umgekehrt, weil diese Verbindung der Sitte und der natürlichen unverdorbenen Empfindung (dem pudor) widerspricht, weil sie im engern Sinn eine Blutschande [3]) begründet, ist sie in jeder Form und Weise und so auch in der einer Ehe verboten [4]).

Die Ehe als eine sittliche Verbindung, welche ihre geistige Seite in der Freiheit, der Zuneigung und Liebe, ihre natürliche in dem Geschlechtsverhältniß hat, soll und kann nur unter solchen Individuen beider Geschlechter statt finden, die nicht bereits durch das Band der Familie, des Blutes und der Verwandtschaft in einer unmittelbaren Verbindung stehen. Für diese fordert die schon unmittelbare Einheit, die sich als Liebe und Familiengesinnung ausspricht, nicht erst noch eine vermittelte; die schon vorhandene Einheit kann und braucht nicht durch eine engere Geschlechtsvereinigung, welche auch jener Voraussetzung der natürlichen Schaam und dem sittlichen Gefühle wider-

---

3) „sanguinis contumelia" Papinian in L. 38. §. 1. D. *ad leg. Jul. de adulter*.

4) Vgl. Philosophie der Geschichte oder über die Tradition (von Professor Molitor zu Frankfurt a. M.) Dritter Theil. Münster 1839. S. 34 f. „In Hinsicht auf die verbotenen Heirathen mit ganz nahen Verwandten, um noch ein Beispiel der Unzucht — zur Sprache zu bringen, so bemerkt die Kabbalah, daß bei diesen Verbindungen eine gewaltsame Hemmung der Evolution statt finde durch eine widernatürliche Involution, indem hier die Zweige, die sich auszubreiten bestimmt sind, wieder zu ihrer Wurzel zurückgebeugt würden." Vgl. Münchner gelehrte Anzeigen, herausgegeben von Mitgliedern der K. Baier. Akademie der Wissenschaften. 1841. Nr. 160 f.

spricht, befestigt zu werden. Dagegen ist die Ehe eine höhere, zu allen Zeiten bei den Völkern, die zu einer gewissen Bildungsstufe gelangt waren, selbst als religiöse Einsetzung betrachtete Verbindung, nothwendig unter den einander rücksichtlich des Familienbandes fremden oder doch entfernten Personen, und so die weitere sittliche Grundlage der Familie und des Staats. Die nähere Bestimmung der Grenzen fällt allerdings dem positiven Rechte in der engern Bedeutung anheim. Aber die Gesetzgebung hat von jeher, und zwar im Interesse der Sittlichkeit, über beides gewacht, sowohl über die Erhaltung der Würde und Heiligkeit der Ehe, als die möglichste Vermeidung solcher verwerflichen Verbindungen innerhalb des engsten Kreises der unmittelbaren, oder der durch Ehe selbst vermittelten Einheit des Bluts, welche, so wie sie eine Ehe unter den solchergestalt verbundenen Individuen hindert, so auch jeder außerehelichen Vereinigung ein sittliches Hinderniß entgegenstellt.

Wir sagen mit Obigem zwar nicht etwas Neues, und es kann darauf um so weniger Anspruch gemacht werden, als ja uralte in der Sache selbst liegende Wahrheiten ausgesprochen werden, welche der positiven Gesetzgebung zu Grunde liegen, von dieser bestätigt und anerkannt, aber nicht erst erfunden und eingeführt sind. Dies ergiebt sich unter andern aus den hierauf bezüglichen Bestimmungen des Mosaischen Rechts und den geltend gemachten Gründen [5]) und noch unzweifelhafter aus vielen Stellen des römischen Rechts [6]). Allein es ist nothwendig, dieses in Erinnerung zu bringen, da es häufig übersehen und von Manchem die Sache so dargestellt wird, als liege hier

---

5) Vgl. **Michaelis** Abhandlung von den Ehegesetzen Mosis. Göttingen 1755. Desselben Mosaisches Recht Th. II. §. 103 f. **Henke** Handbuch Th. II. S. 158.

6) *Weiter unten* sollen die wichtigsten angeführt werden.

lediglich oder doch vorzugsweise eine polizeiliche und mehr in der Willkühr begründete Bestimmung vor. Es ist dieses aber für das Verständniß dieser Lehre nicht gleichgültig, und wenn auch praktisch sich nichts dagegen erinnern läßt, die Eheverbote als Grundlage für die Beantwortung der strafrechtlichen Frage, wann das Verbrechen des Incestes vorhanden sey, anzunehmen, so muß doch für die richtige Betrachtung auf den Grund des Eheverbotes, als das Ursprüngliche und Gemeinsame, zurückgegangen werden, um so mehr, als jene Verbote, die ja selbst nur eine nothwendige Folge sind, welche sich unter andern auch auf die Ehe bezieht, sich nicht auf dieselbe beschränken und nicht minder der außerehelichen Verbindung entgegenstehen. Und zwar wird letzteres nicht etwa dadurch, daß überhaupt alle und jede außereheliche Gemeinschaft sittlich und rechtlich gemißbilligt ist, gleichsam absorbirt. Vielmehr bleibt bei jenen — die nicht minder, als die Eingehung einer solchen verbotenen Ehe, einen Incest begründen, ein selbstständiger Grund erhöheter Strafbarkeit. Insbesondere ist auch deshalb hier weder die Möglichkeit, noch die Forderung, die bei andern ohne Ehe vorkommenden Geschlechtsverbindungen eintreten kann, dieselben nachträglich durch förmliche Schließung der Ehe von dem auf ihnen lastenden Vorwurfe zu reinigen [7]).

Ja es knüpfen sich an jene falschen Vordersätze unvermeidlich Folgerungen, die mit dem Begriffe der Sache unvereinbar sind, und die nicht nur in theoretischen Dar-

---

7) Es versteht sich, daß hier nur die einfache außereheliche Gemeinschaft der incestuosen entgegengesetzt werde. Wenn jene, auch ohne die Eigenschaft der zweiten zu haben, selbst mit einer andern rechtlichen oder sittlichen Verletzung concurrirt, die für sich Strafbarkeit begründet, z. B. Ehebruch, so kann natürlich *nicht von* jener Weise der Gutmachung des *Uebels die Rede seyn.* Und überhaupt wird sich hier stets die *concrete Gestaltung jedes Falles* geltend machen.

stellungen gefunden werden, sondern auch auf die Praxis nachtheiligen Einfluß ausüben, sogar in die neueren Gesetzgebungen übergegangen sind.

Es wird daher keiner besondern Rechtfertigung bedürfen, wenn dem Gegenstande eine größere Aufmerksamkeit gewidmet werden soll.

Bei der Entscheidung einzelner Fälle des Incestes gehen die römischen Juristen stets davon aus, daß hier ein Verhältniß obwalte, welches unmittelbar durch die sittliche Natur bestimmt sey, und anerkannt werden müsse; daß daher die Gesetzgebung das hier zu Grunde liegende Princip zwar in der Anwendung erweitern dürfe (*incestus juris civilis*), keineswegs aber aufzuheben oder zu beschränken befugt sey. Dies gilt insbesondere von dem *incestus juris* gentium, nach der Ansicht, welche bei allen Völkern einer gewissen Bildungsstufe und Gesittung sich hierüber eben auf Grundlage des anerkannten natürlichen Gefühls der Scheu und Schaam festgestellt hatte. Daher werden diese Grundsätze auch auf die Fälle angewendet, welche außerhalb der streng civilrechtlichen Beurtheilung stehen — z. B. die Verbindungen unter Sclaven und Freigelassenen.

Wir führen nur einige Hauptstellen an:

L. 8. D. *de ritu nuptiarum.* Pompon.

„Libertinus libertinam matrem aut sororem uxorem ducere non potest, quia hoc jus *moribus*, *non legibus introductum* est."

L. 14. §. 2. D. *eod.* Paulus.

„Serviles quoque cognationes in hoc jure observandae sunt - - unde nec vulgo quaesitam *filiam* pater naturalis potest uxorem ducere, *quoniam* in contrahendis matrimoniis naturale

jus et pudor inspiciendus est; *contra pudorem est* autem, filiam uxorem suam ducere."

L. 39. §. 1. D. *eod.* Paulus.

„Si quis ex his, quas *moribus* (vulg. legibus vel moribus) prohibemur uxores ducere, duxerit, incestum dicitur committere."

Dem Einwande, daß die Berufung auf die mores nicht unbedingt eine solche auf die Sitte in der tiefern Bedeutung, sondern auf Herkömmliches, Angenommenes sey, welches auch einen rein positiven Grund haben könne, wie z. B. die Unstatthaftigkeit der Schenkungen unter Ehegatten, gleichfalls auf die *mores* zurückgeführt werde[8]), begegnen wir theils durch die zweite der oben angeführten Stellen (*contra pudorem*) [9]), theils durch die folgenden, wenn es überhaupt eines Beweises bedürfen sollte, daß die Römer hier den Begriff der Sache tiefer aufgefaßt. und damit auch dem Worte *mores* hier den Sinn beigelegt hätten, welcher sich aus der natürlichen Beziehung ergiebt.

L. 5. D. *de quaestionibus.* Marcian.

„Si quis viduam vel alii nuptam cognatam, cum qua nuptias contrahere non potest, corruperit, in insulam deportandus est, quia duplex crimen est, et incestum, quia cognatam violavit *contra fas*, et adulterium vel stuprum adjungit."

---

8) Ulp. L. 1. D. *de donationibus inter virum et uxorem*: „Moribus apud nos receptum est, ne inter virum et uxorem donationes valerent" mit L. 3. pr. D. *eod.* „Majores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt."

9) S. auch L. 42. D. *de ritu nuptiarum.* Modestinus: „*Semper in conjunctionibus* non solum quid liceat, considerandum est, sed et quid honestum sit."

L. 38. §. 1. D. Papinian. — „*sanguinis contumelia.*" §. 3. *eod.*

„Nonnunquam et in maribus incesti crimina, quamquam *natura graviora* sunt humanius quam adulterii tractari solent."

C. 9. Cod. *de incestis nuptiis.* Anastas.

„Ab incestis nuptiis universi, qui nostro reguntur imperio, noverint temperandum — *turpissimo consortio.*"

Nov. Constit. 12. Cap. 1. Justinian.

„Sancimus igitur — si quis illicitas et *contrarias naturae* (quas lex incestas, et nefandas et damnatas vocat,) contraxerit nuptias, — eo quod dum licuerit nuptias facere legitimas, contra leges amaverit, et confuderit quidem sobolem, nocuerit autem et generi: egerit vero, *quae impia sunt* et scelesta, et talia concupierit, qualia plurima etiam *irrationabilia amovent animalia* [10]) — etc. — quatenus discat caste vivere, et *intra naturam* se continere, non autem delectari, et *amare ultra terminum traditum nobis a natura.* —"

Nov. Const. 89. Cap. 15. Just.

„Ultima siquidem nos pars legis expectat ut ipsa competentem suscipiat ordinem, et enumeremus, qui neque ipso naturalium nomine digni sunt. Primum quidem omnis, qui ex *complexibus* (*non enim hoc vocamus nuptias*) aut nefariis aut incestis, aut damnatis processerit, iste *neque naturalis* nominatur" etc. *Epil.* „Quae igitur placuerunt nobis et ad hominum

---

10) Vgl. Plin. histor. natur. VIII. 64.

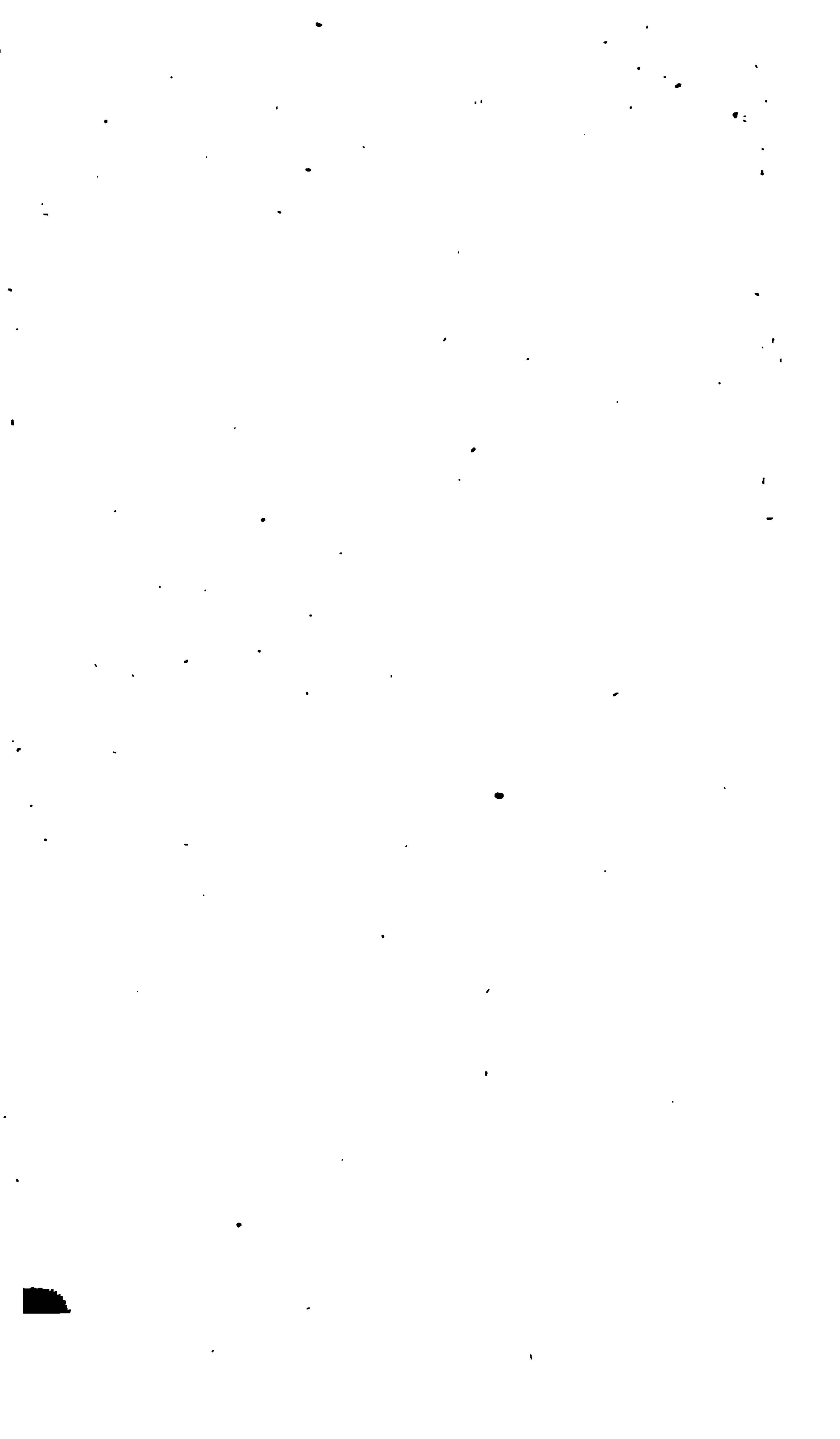
medelam *atque naturae supplementum* per hanc legem decreta sunt."

Wenn hier schon der Inhalt dieser Stellen, dem auf gleiche Weise der griechische Text der Novelle 12. entspricht, deutlich genug den wahren Gesichtspunkt erkennen läßt, so wird dies noch unzweifelhafter durch die Berücksichtigung der Bedeutung der Worte *fas, nefas* und *nefandum* etc., welche überall mehr ausdrücken als bloße Ungesetzlichkeit, und vielmehr auch auf eine religiöse Beziehung hinweisen. Dies ist zunächst, was der Verwerflichkeit der Verbindungen zu Grunde liegt, welche *incestus juris gentium* genannt werden [11]). Wenn aber diesem der *juris civilis incestus* entgegengesetzt wird, so darf dieses nicht so verstanden werden, als seyen darunter durchgängig dem Inhalte nach verschiedene Fälle gemeint: vielmehr nimmt das jus civile der Römer hier, wie bei andern Rechtsinstituten, auch theilweise das jus gentium mit in sich auf [12]), so daß unbedenklich die Voraus-

---

11) Vgl. L. 2. §. 24. D. *de O. J.* „omne *fas ac nefas* miscuisse." C. 1. Theod. *Cod. de Nili agger.* — „*praeter fas* praeterque morem vetustatis." — L. 13. §. 4. D. *de his qui notantur infam.* — „quam uxorem ducere vel non potest, vel *fas non est.*" — L. 17. §. 3. D. *de aqua et aquae pluv.* „Locus sacer, quo *fas* non sit etc." — *Coll. leg. Mos. et Rom.* VI. 4. „*nefarie inceste-que.*" Gaj. I. 64. mit 59. „*nefariae* atque *incestae nuptiae.*" L. 1. §. 3. D. *de concubinis* „proprie *nefaria* et hujusmodi conjunctio et ideo hujusmodi facinus prohibendum." C. 7. Theod. *Cod.* de *malef.* „*preces nefariae* aut magici apparatus." Mehrere Stellen bei Forcellini, Brissonius und Dirksen Manuale unter den betreffenden Worten. Vgl. auch Taciti *Annal.* XII. 7. 8. Der Zusammenhang mit dem *jus sacrum* ist hier mehr als wahrscheinlich. Dies ist auch die Meinung von Roßhirt Geschichte und System des deutschen Strafrechts III. S. 84. Vgl. Dist. 1. C. 1. fas, lex divina est.

12) Vgl. Dirksen vermischte Schriften. Berlin 1841. Th. I. S. 241. Viele Stellen sind gesammelt bei E. Schrader Instit. libr. *IV.* *zu dem* Titel de nuptiis I. 10. §. 1 sq. *und vorzüglich: Rein* das Criminalrecht der Römer. Leipzig *1844. S. 869 f.*



Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1846. Erstes Stück.

I.

Beiträge zur Lehre von dem Verbrechen des Incestes.

Von

Abegg.

I.

Das Verbrechen des Incestes im weitern Sinn (crimen incestus oder incesti) wird meist als eine solche Geschlechtsverbindung bezeichnet, welche zwischen Personen statt findet, deren nahe Verwandtschaft oder Schwägerschaft für sie ein Ehehinderniß ist [1]). Gegen diese Definition läßt sich vom Standpunkte des positiven Rechts nichts erinnern, besonders wenn, wie dieses im römischen

1) So fast in allen Lehrbüchern, jetzt auch bei Rein Criminalrecht der Römer. Leipzig 1844. S. 870., wofür man sich auf Gaji Inst. I. 58. 59. u. *Inst. Justin.* de nuptiis I. 10. §. 1. Ulp. V. 6. und andere Stellen des römischen Rechts berufen könnte, die allerdings nur für eine beschränktere Auffassung geltend gemacht werden dürfen.

freilich auf dem civilrechtlichen Wege, z. B. durch actiones poenales, erfolgen sollte, so bedurfte es civiler Formen, wovon ein Beispiel die furti actio giebt [17]). Aber eben dieses betrifft nur den Prozeß, wobei jene Forderung nothwendig war, während die Sache selbst hier die Verwerflichkeit der Handlung schon nach allgemeinen Gründen erkannt, und eben darin eine Veranlassung gefunden wird, mittelst einer Fiction den Gegenstand zu einem solchen zu qualificiren, der vor ein römisches Gericht im Wege des civilrechtlichen Verfahrens gebracht werden könne. Denn gerade von dem *furtum* sagt Paulus: „quod lege naturali prohibitum est admittere." [18])

In dem Canonischen Rechte wird dem Inhalte nach ebenfalls dieser natürliche, in dem unmittelbaren Verhältnisse der Blutsverwandtschaft oder dem vermittelten durch Verschwägerung gegründete Gesichtspunkt festgehalten, während der Form nach die Unstatthaftigkeit der Verbindungen unter solchen einander nahe stehenden Personen als zufälliges Gesetz und Verbot dargestellt wird. Daß daneben durch die Ausdehnung des Gebiets, innerhalb dessen die Verbindungen untersagt sind und durch die Weise der canonischen Berechnung der Grade der Verwandtschaft über jene Grenze hinaus, noch rein positive Verbote vorkommen und so gewissermaßen gleichfalls der Gegensatz eines incestus juris gentium und juris civilis statt findet, beruht auf erklärlichen und selbst nothwendigen

---

eine Verbindlichkeit, deshalb noch nicht in dem hier engern Kreise des jus civile seine Anerkennung und Bestätigung findet.

17) Gaji *Inst. Comm.* IV. §. 37. „Civitas romana peregrino fingitur, si eo nomine agat, aut cum eo agatur, quo nomine nostris legibus actio constituta est, si modo justum sit eam actionem ad peregrinum extandi; velut *si furti* agat peregrinus aut cum eo agatur."

18) *L. 1. §. 3. D. de furtis.*

Rücksichten, steht also mit der bisherigen Auffassung völlig im Einklange. Ueberall wird von der Ansicht ausgegangen, daß es die natürliche Sittlichkeit sey, welche selbst auf tieferen physiologischen Gründen beruht, — die sich geltend machten, sobald sie, vom natürlichen Gefühle aufgenommen, später auch zum bestimmten Bewußtseyn gebracht wurden, demzufolge dasjenige als heiliges Gesetz betrachtet wurde, dessen Verletzung den Incest ausmacht [19]). Die Erörterung einer besondern Frage aus dem Gebiete der Lehre von dem Incest wird Gelegenheit geben, dies durch einzelne Stellen und Aussprüche näher darzulegen.

Es ist nun wohl erklärlich, daß die spätere einheimische Gesetzgebung diesen Grundsätzen sich anschloß, und es wird demnach, selbst wo diese nicht als Principien ausgesprochen sind, sondern nur die einzelnen Anwendungen sich finden, kein Fehler seyn, wenn wir, wo dieses nöthig ist, auf jene wesentlichen Principien zurückgehen und von ihnen aus, da sie der positiven Bestätigung, wo solche erforderlich ist, nicht entbehren, weitere Schlußfolgerungen machen. Die Bamberger H. G. O. (für welche hier das von Zöpfl bekannt gemachte alte Bamberger Stadtrecht nichts bietet) erklärt vorzugsweise für Incest, was als jure gentium diesen Frevel begründend angesehen wird, und in beschränktem Maaße die unzweifelhaften Fälle des juris civilis incestus; doch so, daß nicht Alles ausge-

19) Man vergleiche nur überhaupt sämmtliche Stellen in den verschiedenen Quästionen der Caus. XXXIV u. XXXV. S. auch Augustinus *de civitate Dei* XVI. 16.: „Habita est ratio restissima caritatis, ut homines quibus esset utilis atque honesta concordia, diversarum necessitudinum vinculis nec terentur, nec unus in una multas haberet, sed singulae spargerentur in singulos, ac sic ad socialem vitam diligentius colligendam plurimae plurimos obtinerent." Die ganze Stelle macht zum Mittelpunkt seiner *Erörterung* Spündlin über das Eheverbot wegen *Verwandtschaft. Zürich* 1844. S. 13 f.

drückt, sondern auf das natürliche Princip zurückgewiesen wird. Demzufolge schien es hinreichend, die äußersten Grenzen durch bestimmte Angabe hieher gehöriger Fälle zu bezeichnen, indem sich dann von selbst versteht, daß die noch näheren Grade, als bei welchen die Verbindung ein naturae probrum ist, gleichfalls in dem Verbote mit inbegriffen seyen. Daß dem so sey, erhellt aus der Angabe des Grundes, weshalb von „näherer Unkeuschheit" gar nicht gesprochen werden soll. Nichts destoweniger werden mit Recht solche Fälle der eigentlichen Blutschande nicht blos der Rüge des Gewissens der Schuldigen und der kirchlichen Ahndung überlassen, sondern sie sollen nach Rath der Rechtsverständigen, und härter als die übrigen bestraft werden.

Bamberger H. G. O. Art. 142.

„Straff der unkeusch mit nahenden gesipten Freunden."

„Item so einer unkeuscht mit seiner stiefftochter, mit seines suns eeweyb, oder mit seiner stieffmutter, sölche unkeusch solle dem eebruch gleych, wie an dem hunderten und funffundvierzigsten artikel von dem eebruch geschriben stet, gestrafft werden, Aber von naher unkeusch wirt umb zucht und ergernuß willen zu melden unterlassen, wo aber noch neher und bößlicher unkeusch geübt würdt, So soll die Straff derhalb nach Radt der verstendigen beschwert werden." [20])

Hievon weicht, — abgesehen von einer andern und noch mehr mittelbaren formellen Bestimmung der Strafe — die P. G. O. Carls V. im Princip nicht ab, indem auch sie nur die äußersten Grenzen bezeichnet, die nahen Grade

20) Ebenso die Brand. H. G. O. Art. 142. Ausgabe von Zöpfl, S. 46.

dabei mit inbegreift, ohne sie selbst anzugeben, jedoch von den Gründen solcher unterlassenen Ausführung nicht, wie die Bamb. H. G. O. thut, Rechenschaft giebt.

Carolina Art. 117.

„Straff der unkeusch mit nahenden gesipten freunden."

„Item so eyner unkeusch mit seiner stiefftochter, mit seines suns eheweib, oder mit seiner stieffmutter treibt, inn solchen und noch nehern Sipschaften soll die straff wie davoon inn unsern vornfarn unnd unsern Keyserlichen geschriben rechten gesetzt, gebraucht, unnd derhalb bei den rechtverstendigen radts gepflegt werden." [21])

Gegenüber der Anwendung dieser Grundsätze auf eine Reihe concreter Fälle, namentlich wo der Incest mit einem andern Verbrechen, z. B. dem Ehebruch, der Bigamie u. s. w. concurrirt, worüber die Hülfsrechte ausführlicher sind, wird hier ohne diese auszuschließen, auf welche schon im Allgemeinen und dann noch hier insbesondere Bezug genommen ist, überhaupt „von unkeusch mit nahen Verwandten" gehandelt. Auf die Eheverbote wird nicht verwiesen, indem nicht jeder Fall, wo gegen ein Eheverbot gefehlt wird, Incest begründet, und da bei der weiten Ausdehnung derselben Dispensationen zugelassen werden [22]). Die einfache Uebertretung des sittlichen, hier positiv bestätigten Gesetzes durch eine Verbindung, welche als „unkeusch" bezeichnet wird, ist hinreichend, den Incest zur

---

21) Mit geringen Abweichungen hinsichtlich der Schreibart, wirklich übereinstimmend die beiden Projecte von 1521 u. 1529. Art. 123. bei Zöpfl a. a. O. S. 161. S. übrigens in Betreff der Praxis: (Mittermaier in) Hitzig's Annalen der deutschen und ausländischen Rechtspflege, Hft. XXI. S. 51.

22) *Wächter Abhandlungen S. 181 f.*

Erscheinung zu bringen. Man darf also aus dem Worte „unkeusch“ nicht etwa schließen, daß das Eingehen einer Ehe unter den erwähnten Voraussetzungen aus dem Grunde nicht unter das Strafgesetz falle, weil ja die Ehe sonst grade das Entgegengesetzte solcher Verbindungen ist, welche auf bloße Befriedigung der Sinnlichkeit gerichtet, als der Sittlichkeit widersprechende und unkeusche betrachtet werden. Aber es kann auch, wie bereits erinnert ist, nicht eine Entschuldigung daraus entlehnt werden, daß man geltend macht, eine Ehe, da diese verboten sey, überhaupt nicht gewollt zu haben. Diesem Einwande, wenn er möglich wäre, wie es allerdings nach der Consequenz der Vordersätze denkbar ist, welche manche Neuere aufstellen, begegnet das einheimische Recht durch seine, auch hier wohlüberlegte Fassung, deren Werth man um so mehr hervorheben muß, je häufiger besonders wieder in unserer Zeit der Vorwurf über die ängstliche Fassung der P. G. O. vernommen wird. Wir wollen dieselben — die für ihre Zeit als ein in vieler Hinsicht wohlgelungenes Werk nach Form und Inhalt anerkannt werden muß, und von Vielen anerkannt worden ist — keineswegs durchgängig in Schutz nehmen; aber es ist unläugbar, daß grade in Betreff der Fassung die neueren Gesetzgebungen manches zu wünschen übrig lassen. Daß dieses nicht ohne nachtheilige Folgen für die praktische Beurtheilung sey, besonders wenn man sich, wie es neuerlich wohl verlangt wird, streng nur an die Worte des Gesetzes halten soll, wird gelegentlich gezeigt werden.

Der bisher ausgeführten sittlichen und natürlichen Auffassung, welche das positive Recht bestätigt, und nicht minder der dadurch bestimmten geschichtlichen Bildung des Begriffes des Incestes widerspricht fast durchgängig die Weise, wie die neueren Systeme, besonders aus der Periode der s. g. Aufklärung und der blos verständigen Betrachtung,

den Gegenstand darstellen, wobei das wahrhaft entscheidende Moment entweder ganz übersehen oder doch nur als ein untergeordnetes erwähnt wird. Wir wollen hier nur anführen, wie das Lehrbuch von Feuerbach dieses Verhältniß nimmt, weil grade dieses einen so entschiedenen Einfluß auf die theoretische und praktische Behandlung gehabt hat. Hier heißt es §. 461 [23]): „Die Gelegenheit zu gesetzwidrigem Beischlaf, welche der rückhaltlose nahe Umgang verwandter Personen darbietet, dann aber auch die Rücksicht auf die Naturgefühle der Ehrerbietung oder Verwandtenliebe, welche mit der Befriedigung des Geschlechtstriebes nicht zu vereinigen sind, waren wohl die vorzüglichsten Veranlassungen des strengen Verbotes des außerehelichen Beischlafes unter diesen Personen und selbst der Bestrafung der Ehe zwischen denselben.“ [24])

Man sieht hier, wie das, was die Hauptrücksicht ist, nur die zweite Stelle einnimmt und selbst nicht auf gehörige Weise geltend gemacht wird; wie denn der Schluß des Satzes offenbar etwas Schiefes enthält. Wir wollen nicht zu streng an den folgenden Worten tadeln: „Daher das Polizeiverbrechen des Incestes“, was natürlich nicht heißen soll, daß daher — nämlich aus jenen Gründen des Verbotes — das Verbrechen des Incestes veranlaßt werde, sondern daß es daher komme, daß die Gesetzgebung eine solche Verbindung als Verbrechen unter dem Namen des Incestes für strafbar erklärt habe. Auch wollen wir nicht darüber rechten, daß die verwerfliche Hand-

---

23) So im Wesentlichen in allen Ausgaben und auch in den später von Mittermaier besorgten. Obiges ist aus der 13ten Ausgabe 1840 entnommen.

24) Vorgänger in dieser Hinsicht ist Michaelis Mos. Recht (s. oben Not. 5.) und zum Theil schon Montesquieu Esprit des lois XXVI. 14.

lung als Polizeiverbrechen bezeichnet wird, was sie nach dem Standpunkte der Quellen des positiven gemeinen Rechts nicht ist. Der Begriff der Polizeiverbrechen ist nicht ein so technisch festgestellter, daß es als Fehler angesehen werden dürfte, wenn man jene Verwerflichkeit als eine solche betrachtet. Was zu mißbilligen ist, besteht darin, daß damit angedeutet wird, es sey die Handlung nicht schon für sich eine ahndungswürdige, sondern sie werde es erst durch die politischen Rücksichten, welche jenes ihr entgegentretende Verbot veranlaßt haben. Denn grade hierin liegt der Widerspruch gegen die in der Natur der Sache und in der positiv geschichtlichen Ausprägung der natürlich sittlichen Volksansicht sich bekundende Idee. Hielte man sich an die Quellen, wenigstens da wo das gemeine Recht dargestellt werden soll, so würde man um so weniger Veranlassung gefunden haben, den Incest aus der Reihe der eigentlichen Verbrechen in das Gebiet blos polizeilicher zu verweisen, als eben diese Quellen und das ganze gemeine Strafrecht nirgends das Erforderniß einer Rechtsverletzung in der engsten Bedeutung des Wortes — als Verletzung des, gewissen einzelnen oder moralischen Personen zustehenden Rechts — zum Begriff eines Verbrechens aufstellen [25]) und dadurch nöthigen, die Verletzungen der Sittlichkeit entweder auszuschließen, oder, da sie nach den Gesetzen, nach der Erfahrung, doch strafbar sind, und nach der Sitte selbst es seyn müssen, dieselben unter einen andern willkührlich ersonnenen Gesichtspunkt zu stellen. Feuerbach ist aber durch die im positiven Recht nicht ausgesprochenen, von ihm jedoch diesem untergelegten Vorder-

---

25) S. hierüber mein Lehrbuch der StrafRW. §. 99 ff. mit den daselbst angef. Untersuchungen S. 68 f. und §. 513. 531 f. 539. Vgl. auch Mittermaier im Archiv des Crim. Rechts, *neue Folge*, Jahrgang 1535. S. 250., auch dessen Zusatz III. *zu §. 461.* des Lehrbuches von Feuerbach.

sätzen [26]) zu dieser Consequenz getrieben worden, deren Nachtheile, auch wenn sie nicht für die Anwendung sich äußerten, selbst für die Theorie nicht als geringe zu betrachten sind, da es jedenfalls nicht gleichgültig ist, wie ein Gegenstand, wo es auf das Interesse der Wissenschaft und der Wahrheit ankommt, erfaßt werde. Auch die Sittlichkeit hat ein Recht, und ist ein solches, welches im sittlichen Gemeinwesen und im Staate gegen die widerstrebende Willkühr in Schutz genommen werden soll [27]). Daß hier gewisse Grenzen statt finden, daß nicht jede Unsittlichkeit, welche der moralischen Mißbilligung überlassen werden kann, eine strafrechtliche Verantwortlichkeit begründe, oder, wo eine Ahndung nöthig erscheint, grade eine criminelle im engern Sinn zur Folge haben müsse, gehört einer andern Seite der Würdigung an, wobei nothwendig der geschichtliche Standpunkt der Bildung und Denkart eines jeden Volkes seinen Einfluß äußert, da grade hier die Sittlichkeit in der Form der Sitte erscheint, oder mit andern Worten da, was der Inhalt und der Gedanke ist, der die Verwerflichkeit der Handlung bezeugt, aber in der Volkssitte seinen entsprechenden Ausdruck hat und nicht anders als in dieser Form existirt. Darum ist hier ein Recht, welches nicht erst durch Gesetze ins Daseyn gerufen ist, vielmehr diesen erst die Grundlage dargeboten hat — jus moribus, non legibus introductum [28]).

Nirgends aber ist durch irgend eine Gesetzgebung jenes Verbot erst entstanden, und am allerwenigsten aus dem Grunde, den Feuerbach an die Spitze stellt, weil

---

26) Feuerbach Lehrbuch §. 34 f. S. dagegen Mittermaiers Note zu §. 38. und zu §. 36. und zu §. 449.

27) Mein Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §. 512.

28) S. oben Note 8.

„der rückhaltlose nahe Umgang verwandter Personen Gelegenheit zu gesetzwidrigem Beischlaf" gebe. Dieser wird hier, wenn die Worte, wie man doch voraussetzen muß, recht überlegt gewählt und gestellt sind, von vorn herein als ein gesetzwidriger bezeichnet; demnach ist es entweder oft erst durch das nachherige Verbot geworden — welches sich auf die außereheliche Verbindung und selbst auf die Ehe bezieht, — oder, wenn es der Fall war, — wie des Verfassers Meinung ist, da dieser Umstand als die vorzüglichste Veranlassung des strengern Verbotes angeführt wird, — so muß „gesetzwidriger Beischlaf" etwas Anderes, von dem Verbot des Incestes Unterschiedenes bedeuten. Dies könnte dann auf andere Formen der Unzuchtsvergehen bezogen werden, namentlich auf das, was, wenn nicht ein anderes Verbrechen z. B. Ehebruch concurrirt, als einfaches Stuprum betrachtet wird. Allein theils ist unzweifelhaft die Gesetzgebung über Stuprum, Adulterium ꝛc. weit später hinzugetreten, als die positive Anerkennung der Verwerflichkeit solcher Geschlechtsvereinigungen, die den Incest begründen, theils würde es ein unpassender Weg seyn, außerehelichen Verbindungen durch ein Eheverbot zu begegnen. Im Gegentheil hat die Gesetzgebung, wo es nur immer mit der Sittlichkeit vereinbar war, und recht eigentlich im Interesse derselben, das spätere Eingehen einer Ehe, die Verwandlung des unregelmäßigen Verhältnisses in das sittliche begünstigt, in neueren Zeiten sogar — wenigstens bedingt — gefordert. Auch die Eingehung des Concubinats, in dem Sinne des römischen Rechts, wo dieses eine erlaubte und unter Umständen sogar durch die Pflicht gebotene Verbindung ist, muß auf diesen Grundsatz zurückgeführt werden, weshalb im Uebrigen eine Reihe von Bestimmungen, die für die Ehe gelten, auch bei dem Concubinat Anwendung fanden, so daß vornehmlich nur die dignitas matrimonii das Unterscheidende, im letzten

Falle Fehlende war [29]). Man darf dabei nur nicht an das Concubinat in dem Sinne denken, wie es bei uns nothwendig nur als verbotene und strafbare Verbindung vorkommt, und von unserer Sitte gemißbilligt wird [30]). Wäre jene durch das nahe Zusammenleben erleichterte Gelegenheit das entscheidende und bestimmende Moment, so müßte folgerichtig eine Ausnahme und die Statthaftigkeit der Ehe z. B. unter Geschwistern zugestanden worden seyn, wo durch eine andere Art des Lebens und Aufenthalts, z. B. durch eine völlig abgesonderte am entfernten Orte bewirkte Erziehung des einen Theils, jene Gefahr nicht eintrat [31]), und es müßte, umgekehrt, auch die Ehe unter entfernten Verwandten oder selbst gar nicht verwandten Personen verboten seyn, wenn solche, wie es doch so häufig der Fall ist, in einem Hause, in einer Familie zusammenleben und mit einander aufwachsen. Und doch ist weder jenes noch dieses jemals angenommen worden; und mit Recht. Jene Verbindungen sind unter allen Umständen unzulässig; diese nirgends verboten, und kommen, durch die Verhältnisse begünstigt, und da die Sitte selbst der beste Wächter ist, welcher in keinem dieser beiden Fälle entbehrt werden kann, bekanntlich nicht selten vor. Uebrigens bedarf es nicht der Bemerkung, daß jene Gefährlichkeit, die wir nicht

---

29) S. v. Savigny System des heutigen röm. Rechts, Th. I. S. 352. 370. Walter Geschichte des Röm. Rechts, Buch III. Cap. VII.

30) Mein Lehrbuch §. 533.

31) Richtig bemerkt v. Droste-Hülshoff Lehrbuch des Naturrechts (Bonn 1823) §. 128. Not. 1. „Es ist nicht zu läugnen, daß eine andere Weise des Zusammenlebens in den Familien, wie wir denn solche bei den Völkern des Alterthums gesehen haben, den Ehen zwischen Brüdern und Schwestern das Gefährliche ganz benehmen könne, was sie bei uns nothwendig mit sich führen." Aber auf das Gefährliche kommt es hier am wenigsten an.

läugnen[32]), durch das Verbot der Ehe und folglich auch der außerehelichen Verbindung noch nicht genügend beseitigt werde; man müßte, da eine Gefahr nicht durch Strafen und die Erklärung der rechtlichen Unmöglichkeit dessen, was faktisch möglich ist, sondern durch vorbeugende Maaßregeln bezeichnet werden kann, jenem Zusammenleben Hindernisse entgegensetzen, wozu es freilich kein Recht und keine Pflicht giebt. Was auf solche Weise eine mögliche Collision innerhalb der Familie entfernen sollte, würde durch einen Eingriff in das heiligste Recht derselben

---

32) Goethe in Wilhelm Meister (Ausgabe sämmtlicher Werke letzter Hand, Bd. XXII. S. 99 f.) „Die gefährliche Stellung, wo Verwandtschaft und Neigung zum wechselseitigen Annähern und Festhalten sich berechtigt glauben, ward immer bedenklicher." Aber wie richtig ist in der ganzen Darstellung des Dichters die ganze Größe und Qual der sittlichen Schuld erfaßt und geschildert! Man vergleiche damit: „Aus meinem Leben" Th. II. Buch VI. (der erwähnten Ausgabe Bd. XXV.) S. 21. „Und so wie in den ersten Jahren Spiel und Lernen, Wachsthum und Bildung der Geschwister völlig gemein war, so daß sie sich wohl für Zwillinge halten konnten, so blieb auch unter ihnen diese Gemeinschaft, dieses Vertrauen bei Entwicklung physischer und moralischer Kräfte. Jenes Interesse der Jugend, jenes Erstaunen beim Erwachen sinnlicher Triebe, die sich in geistige Formen, geistiger Bedürfnisse, die sich in sinnliche Gestalten einkleiden, alle Betrachtungen darüber, die uns eher verdüstern als aufklären, wie ein Nebel das Thal, woraus er sich emporheben will, zudeckt und nicht erhellt, manche Irrungen und Verirrungen, die daraus entspringen, theilten und bestanden die Geschwister Hand in Hand, und wurden über ihre seltsamen Zustände nur desto weniger aufgeklärt, als die heilige Scheu der nahen Verwandtschaft sie, indem sie sich einander mehr nähern, ins Klare treten wollten, nur immer gewaltiger aus einander hielt." Und S. 26. „So wie Vertraute, denen man ein Liebesverständniß offenbart, durch aufrichtige Theilnahme wirklich Mitliebende werden, ja zu Rivalen heranwachsen, und die Neigung zuletzt wohl auf sich selbst hinziehen, so war es mit uns Geschwistern — so erregte meine Verzweiflung über das Verlorne eine bei ihr gleichfalls verzweifelnde Ungeduld über das Niebesessene, Mißlungene und Vorübergestrichene solcher jugendlichen Neigungen, daß wir uns beide für gränzenlos unglücklich hielten, und um so mehr, als in diesem seltsamen Falle die *Vertrauenden* sich nicht in Liebende umwandeln durften."

und in ihre wahrhafte Sittlichkeit, eine andere und zwar wirkliche Collision herbeiführen, wenn es überhaupt nur ausführbar wäre, da ohnehin dem Incest in noch näherm Grade — der graden Linie — zu begegnen wäre. Zu solchen Folgerungen könnte die blos äußerliche Auffassung führen, wo der äußerlichen Gelegenheit zu einer nach jener Ansicht nicht schon zunächst an sich verwerflichen Verbindung durch eben so äußerliche Gegenwirkung vorgebeugt würde. In der That aber muß das sittliche Princip der Einheit der Familie, welches auch das Zusammenleben der Glieder derselben innerhalb ihres Kreises bedingt, so wie jenes der Grund der Unstatthaftigkeit, der Verwerflichkeit einer nachmaligen besondern Geschlechtsverbindung der bereits durch die Einheit des Blutes Verbundenen ist, so auch seinen sittlichen Schutz in sich selbst haben. Diesen gewährt auch, da die Fälle des Incestes doch nur seltene Ausnahmen sind, regelmäßig das natürliche Gefühl der Schaam, die wahrhaft sittliche Empfindung, die Zucht und die Keuschheit. Daß eine Ehe hier z. B. weniger zuläßig sey, als eine ohne diese vorkommende Verbindung, ist, wie die Androhung einer Strafe, eine später hinzutretende Bestimmung, und nicht durch politische Gründe veranlaßt, sondern der Ausspruch einer nothwendigen Folge des zum Bewußtseyn gekommenen wahrhaften Princips. Mag unter andern dieses, wie in ähnlichen Fällen die Bestimmung eines rechtlichen Hindernisses und die Drohung einer Strafe, eine abhaltende warnende Wirkung haben und die gesetzgebende Klugheit dieses berücksichtigen; aber es ist dieses nicht das Hauptmoment, und, wie sonst im Gebiete des Strafrechts, nicht ein ausreichendes Mittel, dem Mißbrauche zu begegnen, die Uebertretung unmöglich zu machen. Wir müssen es wiederholen, eben das, was im Princip der Familie jene Handlung als schändlich erscheinen läßt, *muß sich auch* als das sittliche Hinderniß dersel-

erweisen. Wo dieses nicht ausreicht, ist es aus ganz andern Gründen, aus denen, die die Strafe in ihrer Gerechtigkeit bedingen, — nothwendig, gegen die Frevler an der Heiligkeit der Sitte und dem Naturgesetze eben diese zu schützen durch die in der Ahndung sich aussprechende öffentliche Mißbilligung; ferner wo die Form der Ehe gemißbraucht ist, daneben durch die Erklärung der Ungültigkeit dessen, was natürlich, rechtlich und sittlich unmöglich ist, zugleich die Ehe selbst in ihrer Reinheit und Würde aufrecht zu erhalten.

Wenn wir nun grade in dieser Lehre ein recht einleuchtendes Beispiel haben, wie das positive Recht aus der Sitte eines Volkes sich entwickelt, wobei auch vornehmlich der Einfluß religiöser Ansichten sichtbar ist, und wie die Gesetzgebung, wenn sie nicht blos als Kundgebung der Willkühr erscheinen soll, hierin ihren Stoff und ihr nothwendiges Maaß findet, so werden wir auch das anerkennen müssen, was sich als die Stimme eines unverdorbenen sittlichen Gefühls ausspricht. Zwar darf man auf das bloße Gefühl nicht zu großes, und nicht das einzige Gewicht legen; denn es ist dieses seiner Natur nach, und indem es von der Subjectivität ausgeht, ein unbestimmtes, wechselndes; und so wie es für sich nicht geeignet erscheint, die Stelle eines Princips, den Ausdruck der Objectivität und des Bewußtseyns zu vertreten, so ist auch seine Uebereinstimmung mit diesem letztern nur eine zufällige. Es kann also diese auch fehlen, und es ist dann eben eine der Aufgaben der Gesetzgebung, die dem Rechtsbewußtseyn den gebührenden Ausdruck verleiht, durch die Anerkennung der Nothwendigkeit dieselbe gegen die blos subjective Meinung zu behaupten. Allein wo jene Uebereinstimmung statt findet, ist der Umstand, daß sie eine nur zufällige ist, welche auch fehlen könnte, kein Grund, sie überhaupt nicht *gelten zu lassen*, sondern vielmehr eine Aufforderung, ihr den

arakter der Zufälligkeit zu benehmen und sie mit eben
Nothwendigkeit zu versehen. Zudem was sich als all-
neines Gefühl ausspricht und zur Sitte gestaltet, das
: schon eine höhere Bedeutung und ist schon für sich
cht, so daß es dieses durch die gesetzliche Bestimmung,
ht erst dem Inhalte nach wird, sondern noch die be-
mmtere Form erhält, welche nach der Rechtsverfassung
es Volkes erforderlich ist.

Es ist gewiß für die Gesetzgebung eine wichtige und
erläßliche Aufgabe, ihr Verhältniß zu diesen Grund-
en und Voraussetzungen gehörig zu erfassen. Wo das
liche Gefühl einen wesentlichen gediegenen Inhält hat,
wird ein demselben widerstreitendes Gesetz nimmermehr
lsam zu wirken vermögen; der formelle Rechtsspruch,
f ein solches Gesetz gegründet, er möge lossprechen, wo
wahrhafte Sitte verurtheilt, oder umgekehrt, wird eine
rletzung der bessern Empfindung Aller und des Bewußt-
ns derselben enthalten, die nur darum erträglicher er-
eint, weil dergleichen Fälle doch nur selten vorkommen,
d als Ausnahmen, die ohnehin meist nur in einem be-
ränkten Kreise bekannt werden, nicht im Stande sind,
wahrhaftes Gegengewicht gegen solche Ansichten darzu-
ten, die auf der tiefern Sittlichkeit beruhen.

II.

Von diesen Grundsätzen soll hier mit Rücksicht auf
en besondern Fall eine nähere Anwendung gemacht wer-
ı. Zur Rechtfertigung gegen den möglichen Vorwurf,
ß der Boden des Positiven verlassen würde, wenn wir
erhalb des Gebietes des gesetzlichen Rechts von solchen
gemeinen Principien ausgehen — (was selbst nicht un-
allen Umständen getadelt werden kann, sofern man
nur das Verhältniß der Gesetzgebung zu den allgemei-
ı Grundsätzen recht deutlich macht, und die wahre Na-

tur des positiven Rechts erkennt —) möge schon hier erinnert werden, daß das Sittliche und die Sitte selbst etwas Positives seyen, und daß auch allgemeine Gründe, welche die Wissenschaft erkennt, aber nicht erfindet oder willkührlich aufstellt, keineswegs nur der Subjectiviät und individuellen Ansicht des Einzelnen angehören. Auch wird sich zeigen, daß das positive gesetzlich ausgesprochene Recht, welches nicht das Gepräge einiger neueren Gesetzgebungen in dem engsten Wortverstande hat, sondern auf geschichtlich organischer Entwickelung beruht, dasjenige bestätige, was der Gegenstand der Ausführung seyn soll. Dies giebt, vereinigt, den Maaßstab, den wir an die Kritik neuerer Bestimmungen anzulegen befugt, ja verpflichtet sind. Es wird dies jedoch nur beschränkt geschehen, da sich die Anwendung in weitem Umfange dann leicht macht. Auch wollen wir, ohne es weiter geltend zu machen, nur im Vorbeigehen erinnern, wie sehr grade die Art und Weise des Zustandekommens neuer Gesetze nach den Verfassungen der meisten Staaten unvermeidlich auch der Wikühr und Zufälligkeit einen gewissen Einfluß läßt. Der mögliche Nachtheil, der hierin liegt, muß, wie ich an andern Orten anerkannt habe, durch die Vortheile vergütet werden, die im Allgemeinen in jener Weise der formellen Gesetzgebung enthalten sind; während die etwanige entgegengesetzte und jede andere Form für sich allein theils keine sichere Bürgschaft bietet, daß jenem Mangel besser begegnet werde, theils andere, wenn auch nicht unmittelbar diesem Gebiete eigenthümliche Uebelstände mit sich führen kann, — wie wir denn hier auf dem Boden der Endlichkeit auf Beschränkungen und Schwierigkeiten stoßen, die in dieser selbst ihren Grund haben und als bedingte Nothwendigkeit anerkannt und ertragen werden müssen.

Daß Verbindungen in der graden Linie, also *zwischen Ascendenten* und Descendenten, und zwar nicht blos der

Blutsverwandtschaft, sondern auch der Schwägerschaft unstatthaft seyen und den Incest begründen, ist sonst allgemein anerkannt worden. In der Seitenlinie trifft das Verbot die Geschwister. Unser Recht nimmt in jener Beziehung nur eben die Schwägerschaft in der graden Linie, wo ein ähnliches Verhältniß wie zwischen Ascendenten und Descendenten statt findet, wodurch denn die nähere und Blutsverwandtschaft, für die es einer besondern Erwähnung nicht bedurfte, von selbst mit einbegriffen ist [33]). In neuerer Zeit scheint man hie und da die Verbindungen innerhalb dieser Schwägerschaft gelinder, als billig, beurtheilt zu haben, worauf unter andern ein Mißverständniß über das Verhältniß incestus juris civilis zu dem des juris gentium Einfluß gehabt haben mag. Aber wenn nicht schon die Sitte und gewöhnliche Lebensansicht die nächste Verschwägerung wie eine Verwandtschaft betrachtete, so würde man darauf aufmerksam machen müssen, daß dies Verhältniß, welches wir Schwägerschaft (affinitas) nennen, zwar zunächst nur ein solches sey, für die Verwandten des einen Theils, mit der Person, mit welcher dieser eine Verbindung eingeht, aber für die weitere Ausbreitung der durch die neue Ehe begründeten Familie, für deren Kinder 2c. selbst wieder zur Blutsverwandtschaft wird; wie sie denn auch als solche bezeichnet wird. Die Kinder des Schwiegersohnes, der Schwiegertochter sind ja die leiblichen Enkel der Schwiegerältern, und zu diesen in dem nämlichen Verhältnisse, wie zu dem Aelternpaar, von welchem beziehungsweise ihr Vater oder ihre Mutter abstammen. Dies ist einfach und wird, als im Begriffe liegend, nicht wohl übersehen. Aber es durchdringen sich hier Verwandtschaft und Verschwägerung so sehr, daß letztere auch für die nur in einer vermittelten Verbindung stehenden Per-

---

33) S. oben Not. 20. 21. und Roßhirt a. a. O. III. S. 124.

sonen ihre volle Geltung wie die Verwandtschaft haben muß. Dasselbe gilt für die Art der Verschwägerung, welche durch eine zweite Ehe entsteht und das Verhältniß begründet, welches im eigentlichen Sinn als Stief-Verwandtschaft bezeichnet wird [34]). Denn die Ehe und das durch sie begründete Verhältniß muß auch hier als die Grundlage angesehen werden, von welcher die weiteren Beziehungen beherrscht werden [35]).

Man kann also, von der Verwandtschaft und Verschwägerung in der Seitenlinie jetzt noch abgesehen, für die grade Linie die Regel aufstellen: Unerlaubt und der Sitte widersprechend ist nicht nur

1) Jede Verbindung ohne allen Unterschied unter den Blutsverwandten, deren Einer von dem Andern abstammt,

sondern auch

2) Jede Verbindung, welche ein jener ähnliches Verhältniß (s. g. respectus parentelae), das durch Schwägerschaft entstanden ist, verletzen würde, indem die Einheit, die durch das hinzutretende, der bisherigen Familie und den Blutsverwandten fremd gewesene Mitglied nunmehr mit einem Familienglied begründet

---

34) Im Sprachgebrauche des gemeinen Lebens wird der Ausdruck in verschiedenem Sinne genommen, so daß bald die s. g. zusammengebrachten Kinder zweier Personen, welche, indem sie unter einander zur zweiten Ehe schreiten, jede aus früherer Ehe Kinder hatte, auch Stiefgeschwister genannt werden, obgleich unter diesen nirgends weder unmittelbar noch vermittelt eine Einheit des Blutes statt findet; bald Stiefgeschwister die heißen, welche von der einen Seite Halbgeschwister sind. S. Wächter Abhandlungen S. 371. Not. 7.

35) Im Französischen ist sogar für die Verschwägerung und Stiefverwandtschaft eine und dieselbe Beziehung. Schwieger- und Stief-Aeltern heißen beau-père und belle-mère; *Schwager* und Stiefbrüder, Schwägerin und Stiefschwester, *beau-frère*, belle soeur.

wird, nothwendig sich auch als ein Hinderniß für Verbindungen mit den Blutsverwandten desselben in auf- und absteigender Linie erzeigen muß. Also

a) Schwieger-Aeltern und Kinder, dürfen auch nach Auflösung der Ehe, welche dieses Verhältniß begründete, nicht unter einander eine Verbindung eingehen. Der Schwiegersohn, der mit der Tochter seiner Schwiegerältern durch die Heirath in die Einheit und Gemeinschaft getreten ist [36]), welche nach der natürlichen Seite das wesentliche Moment der Ehe ist, kann nicht mit der Schwiegermutter, und ebenso der Schwiegervater nicht mit der Schwiegertochter sich verbinden; in jenem Falle würde der Mann mit Tochter und Mutter, in diesem die Frau mit Sohn und Vater sich geschlechtlich vereinigen, was empörend wäre.

b) Stief-Aeltern und Kinder dürfen gleichfalls, selbst nach Auflösung der Ehe, die dieses Verhältniß zur Folge hatte, nicht in solche Verbindung treten. Diese Verbindung z. B. des zweiten Gatten einer Wittwe mit deren Tochter erster Ehe, oder der Gattin mit dem Stiefsohn, würde ebenfalls dem sittlichen Gefühl und der durch die hier als Hinderniß zu betrachtende Ehe herbeigeführten Einheit des Blutes widersprechen.

Daß, so lange jene Ehe besteht, welche der Grund der Verschwägerung ist, eine Verbindung unzulässig sey, bedarf keiner Erinnerung. Hier würde ein Ehebruch, oder, falls eine weitere Ehe eingegangen war, das Verbrechen der Bigamie concurriren. Aber das Bestehen jener Ehe,

---

36) C. 15. Caus. XXXV. Qu. 2. §. 3. „Si vir et uxor non *jam duo sed una caro sunt*, non aliter est nurus deputanda, quam filia."

welches das zunächst ins Auge fallende Hinderniß darbietet, ist nicht das einzige, und daher auch nicht durch Auflösung der Ehe die Verbindung statthaft geworden, welche jetzt noch immer, wenn auch der Begriff des duplex crimen oder admissum [37]) hinwegfällt, schon hier sich ein Verbrechen des Incestes begründet.

Das Canon. Recht hält an diesem Princip fest, wie sich aus einer Menge von Stellen und aus dessen ganzer Auffassung des ehelichen Verhältnisses ergiebt [38]). So heißt es allgemein in

C. 14. Caus. XXXV. Qu. 2. §. 3.

„Sane consanguinitas, quae in proprio viro observanda est, haec nimirum in uxoris parentela de lege nuptiarum custodienda est. Quia enim constat eos duos esse in carne una, communis illis utraque parentela censenda est, sicam scriptum est: Erunt duo in carne una."

Dieses Princip gilt auch für außereheliche Verbindungen, und zwar in der zwiefachen Anwendung

1) Wenn die jetzige Verbindung, die den Incest begründet, eine außereheliche ist, es möge das Hinderniß in einer frühern Ehe oder selbst nur einer außerehelichen Geschlechtsgemeinschaft liegen:

C. 5. Caus. XXXV. Qu. 2. §. 3.

„Si quis cum matre et filia fornicatus est, ignorante matre de filia, et filia de matre, ille nunquam accipiat uxorem; illae vero si volue-

---

37) L. 5. D. *de quaestionibus*. Vgl. auch Elvers praktische Arbeiten. Rostock 1836. S. 162 ff.

38) S. Gitzler Eherecht. Breslau 1840. S. 21 ff.

rint, accipiant maritos. Si autem hoc scierint ipsae feminae, absque maritis perpetuo maneant." [39])

Diese Stelle ist wohl deutlich genug, da selbst die Unkenntniß der Frauen für den schuldigen Mann ein Hinderniß jeder Ehe, nicht nur mit einer von beiden, sondern überhaupt, als eine Strafe des Incestes seyn soll. Die Frauen sind an sich, wenn sie unschuldig hinsichtlich der durch die Unkeuschheit mit der nämlichen Mannsperson entstandenen Hindernisses waren, zwar nicht unfähig, mit andern Männern Ehen einzugehen. Daß ihnen auch dieses, wenn sie wissentlich gefehlt haben, untersagt ist, muß als eine positive Straffatzung angesehen werden [40]).

C. 3. Caus. XXXV. Qu. 5.

„Porro de affinitate, quam dicitis parentelam esse, quae ad virum ex parte uxoris, seu quae ex parte viri ad uxorem pertinet, manifestissima ratio est, quia si secundum divinam sententiam ego et uxor mea sumus una caro, profecto mihi et illi mea suaque parentela propinquitas una efficitur."

Jenem Falle entspricht ferner:

C. 10. Caus. XXXIV. Qu. 1. §. 2.

„Quidam fornicatus est cum quadam muliere: postea filius, nesciens factum patris, stupravit eandem [41]). Quod cum pater nesciret, de se

---

39) Wörtlich gleichlautend C. 9. Caus. XXXIV. Qu. 162.

40) Vgl. C. 1. Caus. XXXV. Qu. 8. und C. 6. 8. §. 1. Caus. XXXV. Qu. 3. §. 3.

41) Vgl. L. 1. §. 3. D. *de concubinis*. Ulp. „quia prope nefaria est, hujusmodi conjunctio, et ideo hujusmodi facinus prohibendum." L. 4. Cod. *de nuptiis*: „quia minus *religiosam* et probabilem rem facere videatur." Doch wird dies nicht als Incest, sondern als Stuprum betrachtet: „Qui si contra hoc fecerint, crimen stupri committunt."

filioque confessus est. Statuerunt melius esse, ut taliter lapsis cum digna poenitentia legitima permittantur conjugia, quam forte deterius delinquent. Fornicaria autem sine spe conjugii maneat."

Diese Stelle ist wie die obige zu erklären. Die hier erlaubte Ehe bezieht sich auf eine andere Person, als die hier mitschuldige.

2) Wenn durch eine frühere außereheliche Verbindung jene Einheit bewirkt ist, begründet diese weiter innerhalb des nun obwaltenden Verhältnisses der Schwägerschaft in grader Linie ein Hinderniß, welches die neue Vereinigung, ohne Unterschied, diese möge eine eheliche, oder auch außereheliche seyn, zum Incest macht.

Es ergiebt sich dieses aus den nämlichen Stellen, wie gleichfalls aus dem Princip, das bereits geltend gemacht ist. Also eine jede Verschwägerung, welche im Sinne des Canonischen Rechts auch durch außereheliche Gemeinschaft entstehen kann, kann für eine weitere Vereinigung, welche Art diese auch seyn möge, die Grundlage eines Incestes darbieten, und es kommt dabei, da hier nicht von weltlicher Strafe, sondern nur von der Thatsache die Rede ist, nicht einmal auf die Kenntniß des Verhältnisses an, welche auch, wenn sie später erfolgt, die Wirkungen hat, welche die kirchliche Disciplin damit verbindet. Demnach macht

a) die eigentliche Verschwägerung durch Ehe ein Hinderniß, sowohl für die weitere Ehe innerhalb der solchergestalt entstandenen Einheit, als auch für die außereheliche Verbindung; und ferner

---

Nach Nov. 115. Cap. 3. §. 6. ist es ein Enterbungsgrund wider den Sohn, „si novercae suae aut concubinae patris, filius sese immiscuerit."

b) die (uneigentliche) durch außereheliche Vereinigung bewirkte Verschwägerung, die aber doch eine Bluts-Einheit begründet hat, macht für spätere eheliche oder uneheliche Verbindung, wie wir sie hier bezeichnet haben, die faktische Grundlage des Incestes aus.

So weit nun von ehelichen Verhältnissen, es sey als Voraussetzungen oder als Folgen, die Rede ist, scheint eine Abweichung der Ansichten nirgends obzuwalten. Denn daß darüber die Meinungen getheilt sind, ob die Verschwägerten in grader Linie einen incestus juris civilis oder, wie man allgemein anzunehmen pflegt, juris gentium begründet haben, bezieht sich mehr auf bestimmte, an diese Unterscheidung geknüpfte Folgen, z. B. hinsichtlich des aus dem Rechtsirrthum abzuleitenden Entschuldigungsgrundes, als auf die Verwerflichkeit der Verbindung, über welche man einverstanden war [42]). Wenn auch Landesgesetzgebungen den Mißbrauch, selbst in der graden Linie der Schwägerschaft, nicht überall als Blutschande bezeichnet haben, sondern „unordentliche Vermischung" nennen [43]), so bedrohen sie doch denselben mit Strafe, und indem sie hier den richtigen Gesichtspunkt festhalten, machen sie keinen Unterschied zwischen s. g. legitimer und illegitimer Schwägerschaft und zwischen der ehelichen und außerehelichen Verbindung unter den solchergestalt verschwägerten Personen. So z. B. die Chursächsischen Consti-

42) Wächter Abhandlungen S. 168. Not. 13. bezweifelt die Richtigkeit der Annahme eines incestus juris gentium, indem die römischen Juristen selbst nicht ganz einig in Betreff jener Frage gewesen seyen. Es wird, zumal bei der Verschiedenheit der Lesarten, hier immer Vieles bestritten bleiben. Als Grundlage für die Entscheidung muß aber wohl das Verhältniß von jus gentium und civile gehörig hergestellt seyn.

43) Wächter a. a. O. S. 198.

tutionen von 1572. Const. 22. 23. 24.[44]). Die spätere Praxis und Gesetzgebung hat zwar, und zum Theil unter dem Einflusse von Ansichten, die nicht durchgängig als die richtigen gelten können, mildere Grundsätze hinsichtlich der strafrechtlichen Behandlung aufgestellt, sowohl der besondern Fälle für sich, als auch durch Aufnahme von eigentlich s. g. Milderungsgründen verschiedener Art — aber man hört wenigstens nicht auf, den hohen Grad der Verwerflichkeit anzuerkennen, welcher bei jenem Vergehen unläugbar statt findet. In mancher Hinsicht gingen auch spätere Schriftsteller gegen die schon gemilderte Praxis und Gesetzgebung zu weit — eine Erscheinung, die freilich nicht blos auf den berührten Gegenstand beschänkt war[45]).

Endlich ist man in den neuesten Zeiten zu dem Extreme der Gelindigkeit gekommen, indem man offenbar zu wenige Fälle unter den Gesichtspunkt des Incestes zog, während das frühere Recht, hierin von dem gemeinen Recht abweichend, demselben eine ungebührliche Ausdehnung gegeben hatte. So beschränkte z. B. der Hannoversche erste Entwurf den Begriff der Blutschande auf „Unzucht der Eltern oder Großeltern mit ihren Kindern oder Enkeln und zwischen Geschwistern" (Art. 273.), und erst der revidirte Entwurf nahm wieder die Unzucht zwischen Verschwägerten in grader Linie auf, was dann in dem Gesetzbuche selbst bestätigt worden ist[46]).

---

44) Wächter a. a. O. S. 197.

45) Ebendas. S. 200 ff.

46) Hannov. Criminalgesetzbuch Art. 274. Württemb. Strafgesetzbuch Art. 301—303. K. Sächs. Criminalgesetzbuch Art. 302. 303. Strafgesetzbuch für das Königreich Norwegen Cap. XVIII. §. 11—16. Strafgesetzbuch für das Großherzogthum Baden §. 365—367. So im Wesentlichen alle neueren deutschen Gesetzgebungen und Entwürfe, in *Braunschweig*, Hessen. S. noch Preuß. Entwurf §. 371—*376*. *Meine* kritischen Betrachtungen S. 419 f.

Das Sächsische Gesetz vom 8. Februar 1834, dessen Inhalt meist unverändert in das neue Strafgesetzbuch übergegangen ist, erklärt zwar den Beischlaf unter Verschwägerten im ersten Grade der graden Linie, aber nur in sofern sie legitim sind, „zwischen Schwiegereltern und Schwiegerkindern, Stiefeltern und Stiefkindern" für Incest [47]).

Wächter bemerkt in seiner Erläuterung dieser Bestimmungen, daß hierin eine Beschränkung des (Begriffes des) Incestes und eine bedeutende Abänderung des ältern Rechts enthalten seyn. Eine uneheliche Verbindung, die allerdings im streng juristischen Sinne keine Affinität begründet, soll demzufolge nicht mehr das Verbrechen herstellen. Allein man wird nicht läugnen dürfen, daß dieses der Sitte entgegen sey und auch den Grundsätzen widerspreche, die das Canonische Recht, und hier gewiß mit guter Befugniß, geltend macht. Es ist nicht nothwendig, die Reihe von Combinationen auszuführen, die in der Anwendung vorkommen und nun Verbindungen straflos erscheinen lassen, welche, sie mögen selbst eheliche oder außereheliche seyn, immer das Widrige und dem unverdorbenen Gefühl Widersprechende zur Erscheinung bringen, daß zwei unter sich in dem Verhältniß der Abstammung stehende Personen — mit einer und derselben dritten Person in eine geschlechtliche Beziehung treten.

Nur Folgendes möge bemerkt werden. Wächter [48]) theilt nachstehenden Fall mit, den das Leipziger Spruchcollegium nach dem neuern Gesetz zu beurtheilen hatte: „A. lebte mit der B., welche eine funfzehnjährige Tochter hatte, in außerehelichem Umgange. Einige Jahre darauf machte die B., als ihre Tochter herangewachsen war, dem A. den

47) Wächter a. a. O. S. 272. Not. 7. §. 8.

48) a. a. O. Not. 8.

Vorschlag, sie wolle ihr Verhältniß mit ihm aufheben, er aber solle ihre Tochter heirathen. Er und die Tochter nahmen dieses an, und die Ehe wurde geschlossen. Nachdem sie in dieser Ehe einige Zeit gelebt hatten, kam die Sache zur Untersuchung. Die Facultät aber absolvirte sie gänzlich, und mit Recht. Denn nach dem Gesetze hatten sie sich keines Incestes schuldig gemacht, da durch die früheren Beischläfe des A. mit der B. die Tochter der Letztern nicht seine Stieftochter geworden war, und er, nachdem er die Tochter geheirathet hatte, mit seiner nunmehrigen Schwiegermutter sich keines Beischlafes mehr schuldig gemacht hatte. Nach dem früheren Rechte hätte freilich eine bedeutende Strafe erkannt werden müssen."

Gegen die Richtigkeit dieser Erscheinung auf den Grund und nach der hier gebotenen streng wörtlichen Auslegung des Gesetzes läßt sich nichts einwenden [49]). Aber es leuchtet eben so sehr ein, daß diese Bestimmung nicht zu rechtfertigen sey, als daß unter den obwaltenden Verhältnissen jene Ehe nicht hätte geduldet werden sollen. So gewiß es ist, daß eine Verbindung nicht jure civili strafbar seyn kann, wenn das jus civile sie nicht dafür erklärt, sondern gestattet, so unzweifelhaft ist es, daß der Inhalt des jus civile (in diesem Sinn) nicht einen nothwendigen Gegensatz zu dem jus gentium machen, oder, wenn man in Berücksichtigung der hier eintretenden Streitfragen diesen Ausdruck vermeiden zu müssen glaubt, daß er sich mit der Sitte, welche das christliche Recht bestätigt, in Uebereinstimmung setzen solle.

49) Die römischen Juristen erkennen es an, daß, wo die Sitte entscheidet, die wörtliche Bezeichnung nicht selbstständig entgegengesetzt werden dürfe. Z. B. L. IV. §. 1. D. *de ritu nupt.* (Ulp.) „Inter me et sponsam patris mei nuptiae contrahi non possunt, quamquam noverca mea non proprie dicatur." §. 2. „Sed et per contrarium sponsa mea *patri meo nubere* non poterit, quamvis nurus non pro*prie dicatur.*" Vgl. L. 14. §. 4. i. f. eod.

Hier, wo das, was das Gesetz anzuordnen hat, nicht auf äußeren Rücksichten, oder doch nicht allein auf diesen beruht, sondern eine nothwendige Grundlage hat, welche Anerkennung fordert, sollte der Unterschied der ehelichen und der außerehelichen Verwandtschaft und der durch diese bedingten Schwägerschaft nur so weit in Betracht kommen, als das Verhältniß wegen der Ungewißheit der Vaterschaft, die außerhalb einer Ehe rechtlich immer statt findet, nicht so feststeht, um daran eine juristische Folge, insbesondere eine Strafe zu knüpfen, deren Voraussetzung stets der Beweis in Betreff des objectiven Thatbestandes ist.

In Ansehung der Verwandtschaft wird dies von den Gesetzgebungen der neuern Zeit meist anerkannt, so daß auch die außereheliche die faktische Möglichkeit eines strafbaren Incestes in der graden Linie und unter Geschwistern darbietet [50]). Gemeinrechtlich hat man auch in Ermangelung unterscheidender Gesetze nach allgemeinen Gründen dieses angenommen [51]). Ja, man hegt keinen Zweifel, daß selbst in Beziehung auf die Verwandtschaft, welche durch den außerehelichen Vater entsteht, ein strafbarer Incest möglich sey, sofern das Verhältniß dem betreffenden Individuum bekannt ist [52]). Es versteht sich

50) Vgl. die Not. 46. angef. Gesetzgebungen und Entwürfe.

51) Doch kann man schon aus L. 15. D. *de ritu nupt.* ein Argument a minori ad majus entnehmen: Papin. „Uxorem quodam privigni conjungi matrimonio vitrici non oportet, nec in matrimonium convenire novercam ejus, qui privignae maritus fuit."

52) Roßhirt a. a. O. III. S. 124. „Ob bei der außerehelichen Verwandtschaft ein Incest möglich sey, z. B. zwischen dem Vater und der außerehelichen Tochter, oder zwischen zweien außerehelichen Geschwistern, welche verschiedene Mütter haben, ist, wie wir glauben, nie recht bezweifelt worden: vorausgesetzt nur, daß das Cognationsverhältniß anerkannt und den Betheiligten bekannt ist; denn es handelt sich hier überall von *einem natura probrum*, wo bürgerliche Voraussetzungen der *certitudo patris* nicht in Erwägung kommen können."

ohne Erinnerung, daß in Beziehung auf die Mutter und mütterliche Ascendenten und Descendenten die uneheliche Geburt nirgends eine Ausnahme machen könne, da hier die vollständige Gewißheit besteht.

Allein dasselbe muß auch in Betreff der Schwägerschaftsverhältnisse angenommen werden, und es ist eine schwerlich zu billigende Beschränkung des Begriffs des Incestes, wenn man hier wegen außerehelicher Verwandtschaft das Gegentheil annimmt [53]), vollends unter Voraussetzungen, wo bei gänzlicher Gewißheit derselben auch die darauf beruhende Schwägerschaft außer allem Zweifel ist.

Es mag bei faktischer Ungewißheit der Paternität Anstand genommen werden, den eines Incestes mit der Stiefmutter zu beschuldigen, welcher für einen außerehelichen Sohn dessen gilt, der in der Folge eine Ehe mit einer Person einging, welche dann mit diesem Sohn sich in eine unerlaubte Verbindung einließ. Aber darauf darf wohl nicht ein Gewicht gelegt werden, daß diese Frau nicht in der eigentlichen Bedeutung die Stiefmutter dessen ist, den ihr Gatte mit einer Andern gezeugt hatte.

Dagegen sollte man kein Bedenken tragen, einen Incest anzunehmen, wenn Jemand, der mit einer Frau eine Verbindung, eine eheliche oder außereheliche, einging, — mit deren außerehelicher Mutter oder Tochter — sich in ein Geschlechtsverhältniß einläßt, dessen Verwerflichkeit oben nachgewiesen ist.

Mit Recht und in Uebereinstimmung mit allgemeinen Grundsätzen und den übrigen Gesetzgebungen bedroht das A. L. R. für die Preußischen Staaten Th. II. Tit. 20.

---

53) Das Römische Recht geht weiter: §. 14. §. 4. i. f. D. *de ritu nuptiar*. „Item ejus matrem, quam sponsam *habui*, *non posse* me uxorem ducere, Augustus interpretatus est, fuisse enim eam socrum.

§. 1042 — welches die Blutschande zunächst nur zwischen ehelichen Ascendenten und Descendenten und ehelichen Geschwistern voller und halber Geburt annimmt (§. 1839 — 1040.) auch die „Blutschande unter unehelichen Verwandten dieser Art für denjenigen, welcher die Verwandtschaft gewußt hat" mit Strafe. Allein das Vergehen zwischen Stiefältern und Stiefkindern wird nur unter den Gesichtspunkt der Verführung gestellt, wobei ein Unterschied gemacht wird, je nachdem dieses bei Lebzeiten oder nach dem Tode des andern Ehegatten geschehen ist, so daß nicht überall gleiche Strafe, ja selbst nicht unter allen Umständen eine Strafe erfolgt (a. a. O. §. 1033 — 1036)[54].

Es ist jedoch unlängst der Fall, wo ein Mann mit einer außerehelichen Tochter seiner Frau (jedoch ohne die Voraussetzungen eines Ehebruchs) sich vergangen hatte, aus ähnlichen Gründen, wie in dem von Wächter mitgetheilten Falle, für einen straflosen erklärt worden, weil das A. L. R. Th. I. Tit. 1. §. 44. sagt:

„Stiefverbindungen bestehen im Sinne des Gesetzes[55]) nur zwischen einem Ehegatten und den aus einer sonstigen Ehe erzeugten Kindern des andern."

---

54) Unzucht zwischen Schwiegerältern und Schwiegerkindern soll gar nicht zur Untersuchung kommen, in sofern nicht der beleidigte Ehegatte vor der Ehescheidung darauf anträgt, Gutachten der Gesetz-Commission vom 18. Nov. und Rescript vom 1. Dec. 1794. — Vgl. Stengel's Beiträge XV, 212. — Rescript vom 1. Juli 1801. Neues Archiv II, 139. Die Gründe für die Straflosigkeit und Ausschließung eines amtlichen Einschreitens bei einem Falle, wo ein Wittwer die Gattin seines abwesenden Sohnes geschwängert hatte, sind durchaus unzureichend, und in den Motiven zur Gesetzrevision ist sowohl dies, als auch, daß die Nichterwähnung der Schwiegerältern und Kinder nur im Uebersehen, nicht im absichtlichen Uebergehen ihren Grund habe, anerkannt. Vgl. Ergänzungen und Erläuterungen der Preuß. Rechtsbücher ꝛc. Th. II. Breslau 1838. S. 629 f.

55) *Dies lautet grade, wie* wenn hier noch irgend ein anderes *Gesetz erklärt würde;* aber das Gesetz ist hier eben dieses eine.

Ebenso würde ein Fall beurtheilt werden, wo der Mann mit der ehelichen Tochter einer Person Unzucht übt, mit der er selbst außerehelichen Umgang gehabt. Allein wenn auch in allen diesen Fällen nach den bestehenden Gesetzen richtig geurtheilt ist, so kann doch nicht in Abrede gestellt werden, daß hier durch die ausgesprochene Straflosigkeit dessen, was das bessere sittliche Gefühl mißbilligt, sehr nachtheilig gewirkt werde. Offenbar hat man bei diesen Bestimmungen, bei der Forderung der Legitimität der Verschwägerung (in Sachsen) und daß ein stiefälterliches Verhältniß durch eine Ehe nur in Beziehung auf eheliche Descendenz des andern Ehegatten bewirkt werde, hauptsächlich die bereits angedeuteten Fälle vor Augen gehabt, wo der Mangel juristischer Gewißheit der Paternität im Wege stand; dann auch, wenigstens im Preußischen Recht diese besondere Anwendung gar nicht an der Stelle berücksichtigt, wo über die Verwandtschaft ꝛc. gehandelt wird. Freilich müssen wir für die Erläuterung von Th. II. Tit. 20. §. 1035 f. den Th. I. Tit. 2. §. 44. zu Hülfe nehmen; und in dem angeführten neuern Gesetze wird jedes Bedenken dadurch gehoben, daß hier unmittelbar die nöthigen Voraussetzungen des vollen Thatbestandes angegeben sind. Aber es kann dort Zweifel entstehen, ob dies in der ursprünglichen Absicht des Gesetzgebers lag [56]). Wenn

---

56) So ist z. B. oben erwähnt, daß Th. II. Tit. 20. §. 1033 f. zwar Stiefältern und Stiefkinder, nicht aber Schwiegerältern und Schwiegerkinder genannt sind. Ein Rescript vom 16. Mai 1816 zu dem (jetzt selbst wieder aufgehobenen) Stempel-Edikt vom 20. Nov. 1816 bestätigt, daß nach Th. I. Tit. 1. §. 43. unter dem Ausdruck Schwägerschaft auch dieses Verhältniß begriffen sey, woran man wohl nicht hätte zweifeln sollen. „Die Verbindung, welche durch Heirath zwischen dem einen Ehegatten und dem Blutsverwandten des andern entsteht, heißt Schwägerschaft.“ Dennoch würde man dieses nicht auf jenen Fall anwenden. Aber ist denn die außereheliche Tochter einer Frau, die sich darnach an einen Andern, als den Vater der ersten verheirathet, nicht deren Blutsverwandte, und demnach

für das jetzige Recht dennoch selbst bei diesem Zweifel dasjenige gebilligt werden muß, was wir nach allgemeinen, politischen, sittlichen und legislativen Gründen anders aufzufassen verpflichtet sind, so beruht dieses auf einem andern Satze, daß in Strafsachen „in *dubio benignior sententia* obtinet."

III.

Noch ein anderer Punkt in der Lehre von dem Incest ist geeignet, unsere Aufmerksamkeit zu beschäftigen. Die Erörterung desselben rechtfertigt sich schon dadurch, daß man ihn meist nur in Form einer Behauptung, die nur theilweise durch die Gesetze unterstützt wird, aufstellt, ohne näher in die Sache selbst, in die Gründe und die manchfachen Unterschiede einzugehen, welche sie darbietet.

Man erklärt nämlich in der Theorie fast allgemein, daß der in Form einer Ehe vorkommende Incest minder strafbar sey, als der außereheliche [57]).

Es scheint dabei folgende Betrachtung zu Grunde zu liegen. Der verbotene Geschlechtsumgang, welcher, unter bestimmten Personen stattfindend, das Vergehen des Incestes begründet, ist in beiden Fällen, der außerehelichen Vereinigung und der ehelichen Verbindung, das Gemeinsame und Gleiche; jeder andere Unterschied ist ein äußerlicher: aber während schon an sich die außereheliche Geschlechtsgemeinschaft unsittlich und nach den Gesetzen strafbar ist, so tritt bei der Ehe das Entgegengesetzte ein. Demzufolge muß bei der Würdigung der Strafbarkeit dieser Unterschied in Betracht kommen, und eine minder

---

nicht verschwägert mit dem spätern Gatten ihrer Mutter, nach §. 43., wenn dieser auch nicht nach §. 44. deren Stiefvater genannt werden dürfte?

57) Feuerbach a. a. O. §. 466.

strenge Ahndung den treffen, welcher eine Ehe geschlossen hat, der die Verwandtschaft oder Schwägerschaft ein Hinderniß entgegenstellt. — Man kann die Richtigkeit dieser Betrachtung für manche Fälle, zumal wo bei der zu weiten Ausdehnung der Ehehindernisse auch in den entfernten Graden der Verwandtschaft, der Schwägerschaft und der cognatio spiritualis, die Möglichkeit einer Dispensation statt findet und eine Hoffnung darauf gegründet wird. Auch hat ohne Zweifel die Bestimmung der P. G. O. Art. 117. „So eyner — vnkeusch treibt" hierauf Einfluß gehabt, da man das Eingehen einer Ehe nicht unter diesen Gesichtspunkt ziehen kann. Allein jedenfalls muß schon hier wieder ein Unterschied gemacht werden. Freilich kann das Eingehen einer Ehe, als einer sittlichen Verbindung, für sich nicht als eine Handlung der Unkeuschheit angesehen werden, und selbst die natürliche in ihr gegründete Gemeinschaft der Ehegatten, die gleichfalls eine sittliche ist, wird von denen, die das Wesen der Ehe richtig auffassen, nicht so betrachtet werden. Ja, da die Ehe, als gültig geschlossen, keineswegs zu ihrer Existenz das erst als Folge hinzutretende Moment der Geschlechtsvereinigung zu ihrem Begriff erfordert [58]), so versteht sich, daß die bloße Schließung derselben auch unter Personen, denen sie wegen jener nahen Verwandtschaft verboten ist, noch nicht den Incest begründe, zu welchem nothwendig die wirkliche Unzucht gehört. Man mag ersteres daher bei der sonstigen Bekanntschaft mit Allem dem, was zum Verbrechen gehört, als einen Versuch betrachten [59]). Indessen darf man aus dem Begriff der Ehe, welcher den der Unkeuschheit aller-

58) L. 15. i. f. D. *de cond. et demonstr.* Ulp. „nuptias enim, non concubitus, sed consensus facit."

59) Tittmann Handbuch des Strafrechts §. 589. Heffter Lehrbuch §. 438. Not. 2. Vgl. auch Zachariä Lehre vom Versuche der Verbrechen, Th. I. §. 139 f.

dings da ausschließt, wo dieselbe in ihrer ganzen Würdigkeit besteht und in der dieser entsprechenden Gesinnung eingegangen ist, nicht zu viel argumentiren. Das Gesetz bezeichnet aber die Unnatürlichkeit, welche die Blutschande ausmacht, als eine Unkeuschheit, und dieser Vorwurf wird so wenig wie die Thatsache entfernt, wenn der Frevel in Form einer Ehe verübt worden ist.

Wenn für gewisse Fälle jene Argumentation richtig ist, wo bei der ernstlichen Absicht, ein sittliches eheliches Verhältniß zu begründen, entweder eine (nicht überall entschuldigende) Unkenntniß des rechtlichen Hindernisses [60]) oder, bei der Kenntniß desselben, die Hoffnung auf Dispensation statt fand; so läßt sich für andere Fälle mit nicht minderm Grund entgegnen, daß bei der Wissenschaft des nothwendigen Hindernisses, also in Fällen, wo niemals dispensirt werden kann, die Handlung keineswegs in ihrer Strafwürdigkeit herabgesetzt werde, wenn sie mittelst einer Ehe begangen war. Vielmehr müßte hier der Mißbrauch der Heiligkeit der Ehe, der Frevel in Beziehung auf die religiöse Weihe und die Form der Eingehung als ein Moment erhöheter Strafbarkeit sich geltend machen, und zwar eben sowohl nach der objectiven Seite der Verletzung und Nichtachtung eines von der Religion und der Sitte geheiligten, von dem Recht anerkannten Verhältnisses, als eines nach der subjectiven Seite des hierin sich offenbarenden höhern Grades bösen, dem Gesetz widerstrebenden Willens [61]). Man kann noch hinzufügen, daß mit Rücksicht auf die der Schließung der Ehe vorausgehende Herstellung der Bedingung ihrer Zulässigkeit (eine Art rechtlicher und sittenpolizeilicher Untersuchung, welche bei uns in

60) Denn wenn das faktische Hinderniß, das Daseyn der Verwandtschaft ꝛc., unbekannt war, so kann überhaupt die Verletzung nicht zugerechnet werden. Vgl. Richter Abhandlungen S. 167.

61) Mein Lehrbuch d. Strafrechtswissenschaft §. 543 mit §. 360 f.

der Regel dem Geistlichen aufgetragen ist)[62]) ein solcher Mißbrauch selten anders möglich wird, als durch eine betrügliche Verheimlichung des Hindernisses, wo dann auch noch Fälschung als Mittel hinzukommen kann. Denn der Fall eines Zwanges gegen den mit dem Hindernisse bekannten Geistlichen wird, eben so wenig als der andere, seiner durch irgendwelche andere Gründe bestimmten pflicht- und gesetzwidrigen Mitwirkung untergestellt werden dürfen. Und es ist einleuchtend, daß, wenn auch hier die Concurrenz eines Betruges oder Falsums hinwegfiele, die Schuld im Uebrigen nicht verringert würde.

Ich erinnere dieses zuerst um zu zeigen, wie wenig mit dem s. g. allgemeinen Raisonnement gewonnen werde, und wie sich solchem, welches aber darum kein allgemeines ist, andere Gründe entgegenstellen lassen. Nicht, als ob ich wahrhaft allgemeine Gründe nicht gelten lassen wollte, wie Manche thun, die für jeden Satz einen positiven Beleg aus den Quellen fordern, als ob die Gesetze die einzige Quelle des Rechts wären und nicht selbst an sich und mit Rücksicht auf die Verhältnisse ꝛc. einer Kritik unterlägen. Vielmehr müssen wir auf das wahrhaft Allgemeine, auf die eigentlichen Grundsätze, deren zeitgemäßer Ausdruck und Folge die Gesetze seyn sollen, den größten Werth legen. Aber nicht minder haben wir, wo ein positives Recht wissenschaftlich zu behandeln ist, auf dieses unser Augenmerk zu richten und sein wahres Verhältniß zu dem Allgemeinen darzustellen. Tadelnswerth ist nur, was man fälschlich das Berufen auf allgemeine Gründe nennt, in sofern darunter ein subjectives Schließen aus willkührlichen, von dem positiven Recht nicht unterstützten Vordersätzen verstanden wird, sey es, daß man jenes nicht berücksichtigt, oder demsel-

62) *In Zusammenhang* damit, daß die Ehe nicht als bloßer *Civilakt bei uns* geschlossen wird.

ben beliebig Principien unterlegt, die ihm fremd sind [63]).

Wir wollen daher den Blick auf die Aussprüche der Quellen richten, dann einige Folgerungen ausführen.

Allerdings finden wir im Römischen Recht gelegentlich die Erklärung, daß das Eingehen einer untersagten Ehe unter Umständen geringer zu ahnden sey; aber es wird dieses nicht deshalb bestimmt, weil eine Ehe eingegangen ist, sondern weil diese unter Voraussetzungen statt fand, wo eine minder böse Gesinnung, möglicherweise sogar ein Irrthum vorhanden und daher auch die objective Verletzung geringer war. Dabei wird denn wie billig dieser Unterschied nicht bei der graden Linie der Verwandtschaft gemacht. Denn wie könnte da, wo sich das Eheverbot eben als unerläßlich erweiset, die Schließung einer Ehe irgend zur Entschuldigung dienen? Es kommt vielmehr in der Seitenlinie und dann bei der Affinität in Betracht, wobei noch die wohlgewählte Bezeichnung der Unstatthaftigkeit der Verbindung durch vetare und impedire zu beachten ist, wovon ich ersteres auf Geschwister beziehe, wie der Gegensatz zu dem unmittelbar vorher Gesagten ergiebt; letzteres auf die affines, was ausdrücklich bemerkt ist. Hiernach ist nun folgende Stelle aufzufassen:

L. 68. D. *de ritu nuptiarum.*

Paulus: „Jure gentium incestum committit; qui ex gradu adscendentium vel descendentium uxorem duxerit: qui vero ex latere eam duxe-

63) Dahin gehört es z. B. wenn Feuerbach §. 465. sagt: „Nach allgemenen Gründen verdient I) der Beischlaf zwischen Ascendenten und Descendenten körperliche Züchtigung, verbunden mit einer Freiheitsstrafe auf 4—6 Jahre, II) zwischen leiblichen Geschwistern körperliche Züchtigung und eine Freiheitsstrafe auf 2—4 Jahre, endlich III) der Incest zwischen andern Personen eine Geldbuße oder Gefängniß auf einige Wochen oder Monate."

rit, quam vetatur, vel affinem, quam impeditur, si quidem *palam* fecerit, *levius*, si vero *clam* hoc commiserit, *gravius* punitur. Cujus diversitatis illa ratio est circa matrimonium, quod ex latere non bene contrahitur: palam delinquentes, ut errantes majore poena excusantur: clam committentes, ut contumaces plectuntur."

Der Jurist begnügt sich bei der graden Linie der Verwandtschaft (ohne irgend eine Unterscheidung zu machen, da eine solche niemals in Betracht kommen kann, wo die schwerste Blutschande verübt wird,) anzugeben, daß ein incestus jure gentium vorhanden sey; er bemerkt für die Seitenlinie und insbesondere die Affinität, daß die öffentliche Schließung der Ehe gelinder zu ahnden sey, als die heimliche Verbindung. Bei jener läßt sich annehmen, daß ein Irrthum obwalte, der die äußerste Strenge der Strafe ausschließt. Bei dieser liegt die Absicht, das Gesetz zu umgehen, klar vor. Nun ist hier zwar nicht der Gegensatz einer ehelichen und außerehelichen Verbindung behandelt; aber da auch die letztere eine heimliche ist und die Publicität ausschließt, welche das Charakteristische der Eingehung der wahren Ehe ist, und welche dort als Milderungsgrund geltend gemacht wird, so mag man allenfalls daraus folgern, daß der Incest in Form der Ehe wenigstens, aber auch nur dann die geringere Strafbarkeit begründe, wenn von einer solchen Verbindung die Rede ist, wo überhaupt ein Irrthum möglich ist, bei einem matrimonium, quod ex latere non bene contrahitur, was offenbar auch objectiv weniger ist, als der entgegengesetzte Fall.

Auch die folgende Stelle sagt nur, daß ein Incest mittelst einer unerlaubten Ehe dann entschuldigt, d. h. *überhaupt milder beurtheilt werde*, wenn ein Irrthum,

und bei solchen, denen er zu Gute gehalten wird, obwaltet: nicht darin wird der Grund gesucht, daß eine Ehe eingegangen ist, sondern daß diese selbst durch Rechtsirrthum veranlaßt war.

L. 38. §. 7. D. *ad leg. Jul. de adulter.*

Papinian: „Incestum autem, quod per illicitam matrimonii conjunctionem admittitur, excusari solet sexu, vel aetate vel etiam puniendi correctione, quae bona fide intervenit: utique si error allegetur, et facilius, si nemo reum postulavit."

Ohnehin aber ist die incestuose Ehe nichtig, und ein Versprechen, eine solche zu schließen, darf nicht erfüllt werden. Wenn daher irgend etwas in dieser Beziehung verabredet ist, so hat auch dieses keinen rechtlichen Bestand; aber, so lange kein Incest begangen ist, der ja noch nicht in dem bloßen Verlöbniß liegt, so kann die Absicht, eine Ehe zu schließen, nicht an sich für etwas Verwerfliches gelten; vorausgesetzt, daß nichts weiter zur Entscheidung vorliege, als die Frage nach den rechtlichen Wirkungen jener ungültigen Eheberedung. Mehr sagt nicht

L. 5. D. *de condictione sine causa.*

Papinian. „Avunculo nuptura pecuniam in dotem dedit, neque nupsit; an eandem repetere possit, quaesitum est. Dixi[64]): quum ob turpem causam dantis et accipientis pecunia numeretur, cessare condictionem, et in delicto pari[65]) potiorem esse possessorem, quam ratio-

64) Nämlich, als allgemeinen, bei anderer Gelegenheit aufgestellten Grundsatz.

65) Hieraus macht Feuerbach, der die Stelle mißversteht, §. 463 Not. d eine unrichtige Folgerung, indem er das *pari delicto* grade auf den vorliegenden Fall bezieht. Allein Papinian führt hier nur eine allgemeine Regel an, die er selbst sonst aufstellt und vor deren Anwendung er im Gegentheil warnt. *Seine Ansicht eröffnet er mit den* Worten: „Sed recte defen-

nem fortassis aliquem secutum respondere non habituram mulierem condictionem. Sed recte defendi, non tam turpem causam in proposito, quam nullam fuisse, quum pecunia, quae daretur, in dotem converti nequiret; non enim stupri sed matrimonii gratia datam esse. §. 1. Noverca privigno, nurus socero pecuniam dotis nomine dedit, neque nupsit. Cessare condictio prima facie videtur, quoniam jure gentium incestum committitur: atquin vel magis in ea specie nulla causa dotis dandae fuit. Condictio igitur competit."

Die Hauptstelle, auf die man sich berufen könnte, ist

L. 38. §. 3. D. *ad leg. Jul. de adulter.*

„Nonnunquam et in maribus incesti crimina, quamquam natura graviora sunt, humanius quam adulterii tractari solent, si modo incestum per matrimonium illicitum contractum sit."

Allein hier wird nicht unbedingt von einer gelindern Strafe gesprochen, sondern nur im Verhältniß zu derjenigen des Ehebruches: dieses soll geschehen, wenn der Incest in Form einer Ehe statt fand, wobei man voraussetzen muß, daß nicht selbst ein Adulterium concurrirte, und daß das illicitum matrimonium der einzige Grund der Strafbarkeit sey, in sofern hiedurch der Incest begangen war. Das Wort illicitum steht also nur verstärkend, da es sich von selbst versteht, daß eine solche Ehe unerlaubt sey; es ist demnach diese Bezeichnung nicht auf einen andern Grund der Unerlaubtheit z. B. Bigamie zu beziehen, wo jene mildere Beurtheilung nicht Platz greifen dürfte. Ist diese Auslegung richtig, so liegt der Milderungsgrund

dis." Feuerbach benutzt die Stelle für eine andere Frage, *die von der gegenwärtigen verschieden ist. Ist sein Resultat richtig, so kann es wenigstens nicht* hierauf *gegründet werden.*

nicht darin, daß eine verbotene Ehe eingegangen war, sondern daß überhaupt in gutem Glauben eine Ehe geschlossen war, also in einem der Fälle, wo der Irrthum bei Frauen völlig entschuldigt, bei dem der Mann aber zwar nicht diese Folge, aber doch eine humanius tractari bewirkt [66]).

So stehen alle Stellen im Einklange unter einander. Denn bei einer Ehe dieser Art tritt ein, was L. 68. D. de ritu nupt. bestimmt.

Nicht zu übersehen ist dabei, daß die Strafen des Incestes, wobei vornehmlich der Unterschied des jus gentium und jus civile in Betracht kam, in verschiedenen Perioden unter den Kaisern härter waren, und grade bei der incestuosen Ehe durch Zusätze, z. B. Vermögens-Confiscation, geschärft wurden, die bei dem außerehelichen Incest nicht vorkamen [67]), wenn man die Fälle der schwersten Art in der graden Linie der Verwandtschaft ausnimmt, worauf auch Capitalstrafe stand [68]). Ja für den Fall eines incestus juris civilis mit der Bruders- oder Schwestertochter setzten die Söhne Constantins im J. 339, ohne einen Unterschied zwischen der ehelosen oder außerehelichen Verbindung zu machen, die Todesstrafe fest, und die Nachfolger gingen theilweise noch weiter [69]). So viel ist

66) L. 38. §. 2. 4. 7. D. *ad leg. Jul. de adulter.* L. 4. Cod. *de incest. nuptiis.*

67) Uebrigens ist hier Vieles bestritten und dunkel. Vgl. Wächter a. a. O. S. 170.

68) Tacit. Annal. VI. 19. „Post quos Sex. Marius, Hispanicorum ditissimus, defertur incestasse filiam, et saxo Tarpeio dejicitur." Doch heißt es gleich weiter: „ac ne dubium haberetur, magnitudinem pecuniae malo vertisse, aurarios eius, quamquam publicarentur, sibimet Tiberius seposuit." (Vgl. Quinctil. VII. 8, 3. 5. 6. und Senec. Controv. I. 3.) Tacit. l. c. VI. 49. XIV. 2.

69) C. 1. 3. Theod. Cod. *de incestis nupt.* und Jacob Gothofred im Commentar zu der ersten Stelle und zu C. unic. *si nuptiae ex rescripto.* Wächter a. a. O. S. 171. Not. 21. *22. und S. 172.*

gewiß, daß die strengen Strafgesetze schon auf die Eingehung der incestuosen Ehe sich bezogen; und wenn auch öfters von den im Incest erzeugten Kindern die Rede ist, so folgt daraus nicht, daß dieses die unerläßliche Bedingung der Strafe war, und daß die Schließung der Ehe nur als Versuch geahndet wurde. Dieser Annahme würden auch noch andere Gründe entgegenstehen; und wenn wir oben die Meinung Derer gebilligt haben, welche hier wirklich einen Unterschied des Versuches und der Vollendung nach der erwähnten Rücksicht aufstellen, so bezieht sich dies auf den hier gewiß mit vollem Recht anzuwendenden allgemeinen Grundsatz, den erst die P. G. O. über den Versuch aufgestellt hat [70]).

Und indem das Verbot, aus den bereits erwähnten Gründen, auf die Ehe bezogen wird, so soll diese, die nicht bestehen darf, auch nicht zur Entschuldigung oder zum Deckmantel frevelhaften Benehmens dienen — ne dissimulatione culpabili nefanda licentia corroboretur [71]).

Das Canon. Recht kann hier nicht selbstständig entscheiden, da es nur überhaupt die Verwerflichkeit des Incestes, der an sich sündlich ist, ausspricht, übrigens keine andere als disciplinare Folge eintreten läßt. Die einheimische spätere Praxis aber, und die Landesgesetze, welche das zum Theil mißverstandene römische Recht und dessen Grundsätze vielfach verließen, kamen allmählig in eine Unsicherheit und ein Schwanken, wie es bei dem nothwendigen Ausschließen der früher noch häufig gedrohten Todesstrafe für die schwersten Fälle, bei dem Abkommen anderer an deren Stelle gesetzten Strafarten — auch der

70) Vgl. Zachariä a. a. O. Th. I. §. 95. 117. Th. II. §. 277. Luden über den Versuch des Verbrechens (in dessen Abhandlungen Th. I.) S. 436.

71) C. 9. Cod. *de incestis et inutil. nuptiis.*

Landesverweisung — nicht anders seyn konnte. So hat sich nicht nur die Annahme festgestellt, daß die Strafe jetzt eine unbestimmte — meist Freiheitsentziehung [72]) sey, sondern man hat auch für die Bestimmung des Maaßes selbst mit Berücksichtigung des Verhältnisses der einzelnen Fälle zu einander sich durch Betrachtungen leiten lassen, die nicht stets in den gesetzlichen Principien, ja nicht einmal in den allgemeinen, auf die man glaubte zurückgehen zu dürfen, eine Stütze finden.

Dahin gehört nun auch die Unterscheidung, deren unbedingte Gültigkeit für die Anwendung sowohl aus Gründen des Rechts überhaupt, als nach den Gesetzen bezweifelt werden muß. Feuerbach [73]), der auch hier den letzten zu wenig Rücksicht gewährt, bildet hieraus den Gegensatz des einfachen Incestes, unter der Form einer an sich rechtmäßigen Ehe, und des qualificirten, wozu er den Ehebruch, die Bigamie, das Concubinat, die Schwächung und die Hurerei rechnet, in sofern alle diese incestuos sind. Allein die Unterscheidung des einfachen und qualificirten Verbrechens ist hier, wenn man auf das Princip achtet, wonach eine solche statt findet [74]), ganz unzulässig. Die Fälle des Ehebruches und der Bigamie unter den erwähnten Voraussetzungen, zu denen auch noch die Nöthigung gerechnet werden könnte, begründen eine Concurrenz, und werden selbst in den Quellen als solche bezeichnet [75]). Sie werden sogar, wo sich an das eine oder

72) Wächter a. a. O. S. 187 Not. 52.
73) Lehrbuch §. 462.
74) Martin Lehrbuch §. 70. Das meinige §. 67.
75) L. 38. §. 1. D. *ad leg. Jul. de adulter.* „duplex admissum." L. 5. D. *de quaest.* „duplex crimen est, et *incestum*, quia cognatam violavit contra fas et *adulterium* vel *stuprum* adjungit." L. 38. pr. *ad leg. Jul. de adult.* „*Si adulterium cum incesto committatur*, utputa cum privigna, nuru, noverca: mulier similiter quoque puniatur, id enim remoto etiam adulterio eveniret." L. 39. §. 5. „*crimen incesti conjunctum adulterio.*"

andere Verbrechen besondere praktische Folgen knüpfen, bestimmt getrennt [76]). Und in der That kann man nur durch die Würdigung eines jeden Falles für sich in seiner eigenthümlichen Erscheinung und der etwanigen Concurrenz, nicht aber durch jene willkührliche Unterscheidung zu solchen praktischen Ergebnissen gelangen, welche dem Rechte entsprechen. Am wenigsten ist es erlaubt, von vornherein gewisse Begehungsarten, anderen gegenüber, für qualificirte, d. h. mit einer höhern als der gewöhnlichen Strafe zu ahndenden, zu erklären. Dies ist, wo wie bei uns die Strafe überhaupt eine unbestimmte ist, gar nicht ausführbar; aber selbst, wo man mindestens als Norm für die Strafabmessung die (vielfach zweifelhaften) älteren Strafsatzungen zu Grunde legen wollte, würde man bald inne werden, daß diese sich vorzugsweise auch auf die incestuose Ehe beziehen. Nach jener Theorie würde das mit dem Begriff eines qualificirten Verbrechens in Widerspruch stehende Ergebniß zum Vorschein kommen können und müssen, daß ein solches geringer als das einfache Verbrechen geahndet würde, da unzweifelhaft eine incestuose Schwächung unter Verwandten entferntern Grades an Verwerflichkeit dem Incest im nächsten Grade nachsteht und letzterer vergeblich durch die geschlossene Ehe als minder strafbar dargestellt wird. Denn die Abstufungen der Strafe bestimmen sich im positiven Rechte nach der Nähe oder Entfernung der Verwandtschaft und Schwägerschaft, wobei die Rücksicht auf die Ehe oder außerhalb einer solchen stattfindenden Gemeinschaft eine hinzutretende ist.

Wie aber bereits erinnert ist — die Ehe kann hier nicht unter allen Umständen, sondern nur da entschuldigen, wo sie irrthümlich, sofern dieses in Betracht kommt, und

76) L. 39. §. 1. D. *ad leg. Jul. de adult.* „Praescriptione *quinque* annorum crimen incesti conjunctum adulterio non *excluditur.*"

in gutem Glauben eingegangen war; nicht aber, wo das Bewußtseyn der Schändlichkeit und Unstatthaftigkeit der Verbindung obwaltete [77]), da hier, wie oben gezeigt ist, vielmehr ein neuer Mißbrauch und damit ein Grund höherer Strafwürdigkeit eintritt.

Nach dem was oben bei Gelegenheit der allgemeinen Gründe, aus denen die incestuose Ehe minder strafbar seyn soll als die außereheliche Verbindung, bemerkt ist, läßt sich noch Folgendes der Erwägung empfehlen. Sieht man von dem Falle ab, wo die verbotene Ehe aus faktischer Unkenntniß des Hindernisses eingegangen und entschuldigt wird, oder aus Rechtsirrthum, oder in der Hoffnung auf Dispensation, wo ohne Zweifel ein Milderungsgrund besteht, und läßt man ferner den Fall der Bigamie bei Seite, da hier natürlich von dem Einflusse einer Ehe auf die gelindere Beurtheilung nicht die Rede seyn kann: so wird sich für die Fälle eines ohne Concurrenz sonstiger Verbrechen verübten Incestes mit dem vollen Bewußtseyn der Schuld nicht in Abrede stellen lassen, daß eine solche mala fide eingegangene Ehe, außer der Verwerflichkeit [78]), die wir schon geschildert haben, und dem gänzlichen Mangel der dignitas, (auf die es die Schuldigen gar nicht abgesehen haben,) noch das Moment enthalte, das Verbrechen, den sündlichen Umgang fortzusetzen, und der nach göttlichen und menschlichen Gesetzen verwerflichen Verbindung eine Dauer zu geben. Dagegen — obschon auch bei dem außerehelichen Incest die längere Fortsetzung möglich ist, was denn bei der Zumessung der Strafe nach einem unbestimmten Strafgesetze

77) L. 38. §. 1. D. *ad leg. Jul. de adult.* — „quia multum interest, errore matrimonium illicite contrahatur, an contumacia juris et sanguinis contumelia concurrant." Vgl. auch die oben erläuterte L. 68. D. *de ritu nupt.* „palam delinquentes ut errantes majore poena excusantur, clam committentes, ut contumaces plectuntur."

78) *L. 14. §. 2. D. de ritu nupt.* „quoniam in contrahendis *matrimoniis naturale jus* et pudor inspiciendus est."

andere Verbrechen besondere praktische Folgen knüpfen, bestimmt getrennt [76]). Und in der That kann man nur durch die Würdigung eines jeden Falles für sich in seiner eigenthümlichen Erscheinung und der etwanigen Concurrenz, nicht aber durch jene willkührliche Unterscheidung zu solchen praktischen Ergebnissen gelangen, welche dem Rechte entsprechen. Am wenigsten ist es erlaubt, von vornherein gewisse Begehungsarten, anderen gegenüber, für qualificirte, d. h. mit einer höhern als der gewöhnlichen Strafe zu ahndenden, zu erklären. Dies ist, wo wie bei uns die Strafe überhaupt eine unbestimmte ist, gar nicht ausführbar; aber selbst, wo man mindestens als Norm für die Strafabmessung die (vielfach zweifelhaften) älteren Strafsatzungen zu Grunde legen wollte, würde man bald inne werden, daß diese sich vorzugsweise auch auf die incestuose Ehe beziehen. Nach jener Theorie würde das mit dem Begriff eines qualificirten Verbrechens in Widerspruch stehende Ergebniß zum Vorschein kommen können und müssen, daß ein solches geringer als das einfache Verbrechen geahndet würde, da unzweifelhaft eine incestuose Schwächung unter Verwandten entferntern Grades an Verwerflichkeit dem Incest im nächsten Grade nachsteht und letzterer vergeblich durch die geschlossene Ehe als minder strafbar dargestellt wird. Denn die Abstufungen der Strafe bestimmen sich im positiven Rechte nach der Nähe oder Entfernung der Verwandtschaft und Schwägerschaft, wobei die Rücksicht auf die Ehe oder außerhalb einer solchen stattfindenden Gemeinschaft eine hinzutretende ist.

Wie aber bereits erinnert ist — die Ehe kann hier nicht unter allen Umständen, sondern nur da entschuldigen, wo sie irrthümlich, sofern dieses in Betracht kommt, und

---

76) L. 39. §. 1. D. *ad leg. Jul. de adult.* „Praescriptione quinque annorum crimen incesti conjunctum adulterio non excluditur."

in gutem Glauben eingegangen war; nicht aber, wo das Bewußtseyn der Schändlichkeit und Unstatthaftigkeit der Verbindung obwaltete [77]), da hier, wie oben gezeigt ist, vielmehr ein neuer Mißbrauch und damit ein Grund höherer Strafwürdigkeit eintritt.

Nach dem was oben bei Gelegenheit der allgemeinen Gründe, aus denen die incestuose Ehe minder strafbar seyn soll als die außereheliche Verbindung, bemerkt ist, läßt sich noch Folgendes der Erwägung empfehlen. Sieht man von dem Falle ab, wo die verbotene Ehe aus faktischer Unkenntniß des Hindernisses eingegangen und entschuldigt wird, oder aus Rechtsirrthum, oder in der Hoffnung auf Dispensation, wo ohne Zweifel ein Milderungsgrund besteht, und läßt man ferner den Fall der Bigamie bei Seite, da hier natürlich von dem Einflusse einer Ehe auf die gelindere Beurtheilung nicht die Rede seyn kann: so wird sich für die Fälle eines ohne Concurrenz sonstiger Verbrechen verübten Incestes mit dem vollen Bewußtseyn der Schuld nicht in Abrede stellen lassen, daß eine solche mala fide eingegangene Ehe, außer der Verwerflichkeit [78]), die wir schon geschildert haben, und dem gänzlichen Mangel der dignitas, (auf die es die Schuldigen gar nicht abgesehen haben,) noch das Moment enthalte, das Verbrechen, den sündlichen Umgang fortzusetzen, und der nach göttlichen und menschlichen Gesetzen verwerflichen Verbindung eine Dauer zu geben. Dagegen — obschon auch bei dem außerehelichen Incest die längere Fortsetzung möglich ist, was denn bei der Zumessung der Strafe nach einem unbestimmten Strafgesetze

---

77) L. 38. §. 1. D. *ad leg. Jul. de adult.* — „quia multum interest, errore matrimonium illicite contrahatur, an contumacia juris et sanguinis contumelia concurrant." Vgl. auch die oben erläuterte L. 68. D. *de ritu nupt.* „palam delinquentes ut errantes majore poena excusantur, clam committentes, ut contumaces plectuntur."

78) L. 14. §. 2. D. *de ritu nupt.* „quoniam in contrahendis matrimoniis naturale jus et pudor inspiciendus est."

nicht unberücksichtigt bleiben darf — kann ein solcher Fehltritt, der, auch nur ein einziges Mal verübt, den Thatbestand des Incestes vollständig begründet, selbst nur die unglückliche Folge eines Augenblicks, nicht beherrschten sinnlichen Reizes seyn, wo die fernere reuige Benehmensweise und Zurückhaltung den Beweis einer andern Gesinnung giebt, als die Ruchlosigkeit einer ehelichen Verbindung, die das Heiligste verläugnet. Wohl verdient selbst diese leichteste Verübung des Verbrechens, gegenüber schwereren Formen, eine strenge Ahndung, und die Forderung der Selbstbeherrschung behauptet sich auch hier, um so mehr, als, wie schon gezeigt, die Abhaltung von dem Frevel weniger vermittelst der Gesetze, als der Sitte und Reinheit und dem wahrhaften natürlichen Gefühle erwartet werden muß. Aber der Unterschied, ob impetu oder proposito [79]) eine Uebertretung erfolgte, ist auch hier zu berücksichtigen, und muß unter gewissen Voraussetzungen unfehlbar zu einem andern Ergebnisse führen, als jenem, dessen Richtigkeit wir bestreiten, wenn es in solcher Allgemeinheit aufgestellt wird, wie es häufig geschieht.

---

79) L. 5. §. 2. L. 11. §. 2. D. *de poenis.*

II.

Zur Lehre vom Indicien-Beweise.

Von
Herrn Criminal-Rath von Wick
in Bützow.

I.

Unter den Bedingungen, welche vorhanden seyn müssen, damit Verurtheilung auf Indicien stattfinden kann, stehet oben an die Bestimmung, inwieweit der Thatbestand hergestellt seyn müsse. Es ist diese Bestimmung die schwierigste in der ganzen Lehre vom Indicien-Beweise.

Von jeher ist die Lehre vom Beweise des Thatbestandes eine der schwierigsten und bestrittensten im Criminalprocesse gewesen. Von alter Zeit her kommt in der Lehre vom Beweise der Verbrechen die Forderung vor, ut de corpore delicti constare debeat, und es enthält diese Forderung auf den ersten Anblick nur dasselbe, was jedem Menschen, sobald von dem Beweise des Verbrechens die Rede ist, seine gesunde Vernunft sagt, nämlich daß man Gewißheit haben müsse, daß die That geschehen sey, ehe man einen Menschen als Thäter verurtheilen könne. — Fragen wir aber nach der Anwendung dieses Satzes, so stoßen wir sogleich auf die größten Schwierigkeiten. Es soll Gewißheit da seyn, daß die That geschehen sey, ehe man einen Menschen als Thäter verurtheilt. Damit kann

nicht gemeint seyn: es soll eine förmlich abgesonderte Beweisführung stattfinden, in der Art, daß der eine Theil der Untersuchung sich blos mit der Ermittelung der That ohne Rücksicht auf den Thäter, der andere blos mit der Ermittelung des Thäters beschäftigte. Es kann aber auch ebensowenig so viel heißen, daß man für den Beweis der That gar nicht dieselben Beweismittel gelten lassen wolle, welche den Thäter erweisen, daß also z. B. zwei Zeugen für die That und zwei andere für den Thäter da seyn müßten.

Welches ist denn nun der Sinn jenes Satzes? Der naürlichste Sinn scheint zunächst der, daß ehe man einen Menschen als Thäter anklagt, der Thatbestand insoweit ohne Rücksicht auf die Person des Thäters es möglich ist, erhoben seyn müsse. Dieser Satz hat allerdings einen richtigen Sinn; denn in der Regel entspinnt sich der Criminalproceß über den Thatbestand, d. h. ehe man noch eine Vermuthung des Thäters hat, und des Richters nächste Pflicht ist dann, die Spuren der That aufzunehmen und die Personen abzuhören, welche etwas über die That aussagen können. — Allein nicht alle Verbrechen lassen Spuren zurück, nicht von allen haben andere Menschen Wissenschaft, als der Thäter, und sodann ist es auch nicht selten, daß ein Mensch sich selbst anklagt, oder von Andern angeklagt wird, ehe man noch von der That weiß. Aber auch hiervon abgesehen, kommt es ja nicht blos darauf an, daß der Untersuchungsrichter seine Pflicht thue, damit die Untersuchung vollständig sey, sondern es handelt sich um die Frage, was bewiesen seyn müsse, damit der Spruchrichter verurtheilen könne.

Es kann aber auch der Sinn des Satzes der seyn, es solle das Geständniß eines Angeklagten allein nicht hinreichen, und ebensowenig die Aussage zweier Zeugen, um einen Menschen als Thäter zu verurtheilen, wenn nicht die-

ses Geständniß oder die Zeugenaussage durch anderweitig ausgemittelte Umstände, wohin namentlich auch die von der That zurückgelassenen äußeren Spuren gerechnet werden, constatirt sey. — Dies ist der Sinn, in welchem der Satz von der Theorie und Praxis in der Regel genommen wurde. Aber auch in diesem Sinne stoßen uns sogleich eine Menge von Zweifeln auf. Zuerst ist es nämlich gewiß, daß es viele Verbrechen giebt, welche keine äußeren Spuren hinterlassen, in anderen Fällen sind diese verwischt. Soll nun in diesen Fällen keine Verurtheilung erfolgen? Aber auch abgesehen hiervon, so bleibt immer die Frage: inwieweit muß der objective Thatbestand hergestellt seyn, damit durch ihn das Geständniß oder die Zeugenaussage gehörig constatirt werde? welche Thatsachen müssen erwiesen, welche Beweismittel müssen angewandt seyn? Dies sind die Fragen, worüber von den ältesten Zeiten her der meiste Streit gewesen ist. —

Wollte man für jede einzelne Thatsache, welche zum Thatbestande eines Verbrechens gehört, einen vollständigen Beweis haben, so siehet Jeder leicht, daß die meisten Verbrechen unbestraft bleiben müßten. Von der andern Seite ist so viel wieder gewiß, daß bei manchen Verbrechen gewisse Thatsachen vorkommen, ohne deren Herstellung sich nicht leicht Jemand mit dem bloßen Geständnisse oder der Zeugenaussage begnügen wird, z. B. beim Mord die Gewißheit des Todes.

Die älteren Juristen, namentlich aus der italienischen Schule, halfen sich nun damit, daß sie bei den einzelnen Verbrechen bestimmte Thatsachen hervorhoben, ohne deren Erweis sie keine Verurtheilung eintreten ließen, z. B. bei der Tödtung die Auffindung der Leiche. Ja sie gingen zum Theil so weit, daß sie nicht einmal die Untersuchung einleiteten, bevor diese Thatsachen ermittelt waren. Die neueren Juristen verließen zum Theil diesen Weg und woll-

ten aus allgemeinen Gründen deduciren, ob und inwieweit bei allen Verbrechen eine Herstellung des Thatbestandes nothwendig sey. — Da es nun viele Verbrechen giebt, welche in der Regel keine äußeren Spuren hinterlassen, bei welchem also keine Erhebung des Thatbestandes vorkommt, bei andern die Spuren verwischt sind, da ferner über die Art der Beweismittel des Thatbestandes sich nie ein allgemeiner Grundsatz aufstellen lassen wird, der für alle Verbrechen gleichmäßig paßt; so mußte die neuere Theorie nothwendig dahin kommen, daß sie zwar dem Untersuchungsrichter die thunlichste Erforschung und Feststellung des Thatbestandes zur Pflicht machte, jedoch nicht einen besondern Beweis des Thatbestandes als nothwendige Bedingung der Verurtheilung forderte, vielmehr sich einfach dahin entschied: es sey genug, wenn der Richter den äußeren Spuren des Verbrechens nach Möglichkeit nachgeforscht, und sie möglichst in Gewißheit gesetzt hätte. Nur noch die Forderung wird gestellt; es dürfe kein Widerspruch zwischen dem Geständniß des Angeklagten oder den Zeugenaussagen einerseits, und den ermittelten äußeren Umständen andererseits stattfinden, d. h. man ist mehr und mehr dahin gekommen, den Satz, daß der objective Thatbestand hergestellt seyn, oder daß das Geständniß constatirt seyn müsse, blos negativ auszudrücken. Daher nimmt man auch an, daß Beides, Thäter und Thatbestand, durch Geständniß und Zeugniß bewiesen werden könne, selbst bei einem crimen facti permanentis, wenn dessen Spuren verloren gegangen sind, in sofern nur das Geständniß oder die Zeugenaussagen in sich glaubwürdig erscheinen. Man verlangt mit einem Worte nur, daß das Nichtvorhandenseyn der eingestandenen oder eingezeugten Thatsache mit Grund nicht anzunehmen sey, d. i. die s. g. criminalrechtliche Gewißheit, welche freilich in den Fällen, wo ein crimen facti permanentis zur Frage

steht, sich oft nicht ohne Auffindung der Spuren herstellen läßt.

So steht die Lehre in der heutigen Theorie. Fragen wir nun: wie wird die Lehre sich stellen müssen, wenn Indicien-Beweis eingeführt wird, oder wie muß der Thatbestand erwiesen werden, wenn der Angeschuldigte auf Indicien verurtheilt werden soll? so wird die nächste allgemeine Antwort wieder die seyn: es müsse der Thatbestand erwiesen seyn, oder es müsse gewiß seyn, daß die fragliche That geschehen sey. Allein diese Antwort ist, wie wir bereits oben gesehen haben, nicht genügend. — Es handelt sich um die Frage, wie weit der Thatbestand hergestellt seyn müsse, welche Thatsachen erwiesen, welche Beweismittel angewandt seyn müssen. — Da es nun bei dem Indicien-Beweis mehr als bei jeder andern Beweisart darauf ankommt, den Thatbestand in die möglichste Gewißheit zu setzen, so könnte es zunächst das Sicherste scheinen, zu verlangen, daß der Thatbestand in jedem Falle, wo der Angeschuldigte auf Indicien verurtheilt werden soll, durch vollkommenen directen Beweis hergestellt seyn müsse. — Allein diese Forderung geht offensichtlich zu weit. Es ist in den meisten Fällen absolut unmöglich, für den ganzen Thatbestand vollkommenen directen Beweis zu haben. Die Ermittelung des Thatbestandes, in sofern sie abgesondert von dem Beweise des Thäters geschieht, ist in der Regel nur Herstellung einzelner äußerer Umstände, welche auf das Geschehenseyn der That schließen lassen; jene Ermittelung beruhet daher in der Regel nur auf Indicien-Beweis, der nirgend eine größere Rolle spielt, als gerade bei der Herstellung des Thatbestandes. Was sind die Spuren eines Verbrechens anderes, als Indicien für das Geschehenseyn der That?

Wichtiger könnte es daher erscheinen, nur für diejenigen Thatsachen, welche als die wesentlichsten erscheinen, vollständigen directen Beweis zu verlangen. Allein dieser Vorschlag, sollte er durchgeführt werden, verlangt ein eigenes Gesetz über die Ermittelung des Thatbestandes; denn die Herstellung des Thatbestandes gestaltet sich fast bei jedem einzelnen Verbrechen anders, als bei dem andern. Wenn wir z. B. auch bei den Tödtungen die Auffindung der Leiche (Behufs directen Beweises des Todes) als eine conditio sine qua non fordern dürften, so läßt sich eine ähnliche Forderung schon nicht hinsichtlich der gestohlenen Sache beim Diebstahl machen. Ueberhaupt läßt es sich nicht im Allgemeinen sagen, welche Thatsachen bei der Ermittelung des abgesonderten Thatbestandes wesentlich sind oder nicht. Diese Frage läßt sich auch nicht so beantworten, daß man sagt: wesentlich sey jedes Merkmal, welches zu dem gesetzlichen Begriffe des Verbrechens, den man auch Thatbestand zu nennen pflegt, gehört. Die Frage, mit der wir es zu thun haben, ist vielmehr die: welche Thatsachen sind wesentlich für die Ermittelung des Thatbestandes, in sofern er sich abgesondert von dem Beweise der Thäterschaft herstellen läßt? Und die Antwort hierauf kann nur seyn: wesentlich sind diejenigen Thatsachen, ohne welche man nicht annehmen kann, die in Frage stehende That sey wirklich geschehen. — Diese Thatsachen lassen sich nun aber nicht in abstracto aus dem Begriffe des Verbrechens angeben, sondern gestalten sich nach der Natur jedes einzelnen Falles anders. So z. B. werden wir Spuren am Orte des Einbruchs verlangen, um anzunehmen, daß der Diebstahl durch Einbrechen verübt ist; aber schon der durch Einsteigen verübte Diebstahl läßt eine solche Forderung nicht zu; und noch weniger dürfen wir bei dem einfachen gemeinen Diebstahl das Vorhandenseyn äußerer Spuren am Orte der That

verlangen. — Ebensowenig läßt sich über die Beweismittel etwas Allgemeines sagen. Für manche Thatsachen ist überall nur eine directe Beweisführung denkbar, so z. B. allenthalben, wo es auf Wahrnehmung durch Kunstverständige ankommt; z. B. die Frage, ob ein Mensch an einer bestimmten Todesart gestorben ist u. dgl. Wieder Anderes kann sowohl direct als durch Anzeigen bewiesen werden. Bei den meisten Thatsachen werden wir uns jedoch mit einem bloßen Anzeigenbeweise begnügen müssen.

So werden wir denn mit der allgemeinen Regel uns begnügen müssen: es müsse der Thatbestand so weit hergestellt seyn, daß an der Gewißheit der geschehenen That nicht zu zweifeln sey. Diese Regel enthält denn allerdings auch Alles, was bei dem jetzigen Standpunkte der Lehre vom Beweise des Thatbestandes sich sagen läßt; denn da sich die Theorie davon losgesagt hat, bestimmte Forderungen für jedes einzelne Verbrechen aufzustellen, so bleibt nichts Anderes übrig, als das zu fordern, was im Allgemeinen nothwendig ist. Dieses aber ist bei dem Beweise des Thatbestandes nicht das, was zu dem gesetzlichen Begriffe des Verbrechens wesentlich gehört, sondern das, was nothwendig erwiesen seyn muß, um im concreten Falle anzunehmen, daß die That wirklich geschehen sey.

Diese Regel sagt denn nun auch für den Indicien-Beweis im Grunde ganz dasselbe, was die Regel sagt: das Geständniß oder das Zeugniß müsse constatirt seyn. — Es kommt uns aber bei dem Indicien-Beweise vorzüglich darauf an, daß wir sie in ihrer positiven Bedeutung festhalten; d. h. wir fordern beim Indicien-Beweise nicht blos, daß keine Gründe da seyn sollten, anzunehmen, die That sey nicht geschehen, sondern wir fordern, daß, abgesehen von den die Thäterschaft erwiesenen Anzeigen, Thatsachen ermittelt seyn müssen, aus denen sich annehmen läßt, die

That sey geschehen, d. h. mit andern Worten, es sollen die Indicien, welche den Thäter herstellen, durch andere Thatsachen constatirt seyn, welche die That herstellen.

Freilich ist hier viererlei zu bemerken:

1. Die Forderung paßt im Allgemeinen nur für diejenigen Verbrechen, welche einen abgesonderten Thatbestand haben, d. h. welche facti permanentis sind. Freilich ist in abstracto auch bei den delictis facti transeuntis, z. B. den Fleischesverbrechen, ein abgesonderter Beweis des Thatbestandes denkbar, z. B. daß zwei Zeugen die That mit angesehen hätten ohne den Thäter zu kennen, oder auch mit Erkennung desselben, vorausgesetzt natürlich, daß der Thäter noch anderweitig bewiesen wäre. Allein diese Fälle sind so selten, daß, wollte man die obige Forderung auch für die delicta facti transeuntis stellen, die meisten Verbrechen dieser Art durch Indicien nicht zu erweisen wären, und doch ist auch bei Verbrechen dieser Art ein Indicienbeweis möglich, der wenigstens eben so große Sicherheit gewährt, wie der Indicien-Beweis ihn überall nur gewähren kann. Man denke nur an das bekannte Beispiel, si quis solus cum sola, nudus cum nuda deprehensus est.

2. Auch bei delictis facti permanentis läßt sich die Forderung nicht so stellen, daß der Beweis des Thatbestandes durchaus unabhängig von dem Beweise der Thäterschaft seyn müsse. Diese Forderung wäre fast wieder so weit gegangen, als wenn man vom Standpunkte des directen Beweises aus fordern wollte: es müßten immer zwei Zeugen für den Thäter und zwei andere für die That seyn. — In den meisten Fällen sind vielmehr die Indicien für den Thäter auch Indicien für die That, und es läßt sich durchaus nicht fordern, der

Richter solle die Indicien für den Thäter bei dem Beweise der That gar nicht in Anschlag bringen. Nur das läßt sich fordern: es sollen bei delictis facti permanentis außer den Indicien, woraus die Thäterschaft gefolgert wird, auch Thatsachen ermittelt seyn, woraus die That zu folgern ist, — oder mit andern Worten: es solle der Beweis des Thatbestandes nicht allein auf den Indicien, woraus die Thäterschaft erwiesen wird, beruhen.

3. Es liegt auch keine Inconsequenz darin, wenn man bei den delictis facti permanentis die Forderung stellt, daß der Beweis der Thäterschaft noch durch andere Indicien, welche die That herstellen, constatirt seyn soll, bei den delictis facti transeuntis aber diese Forderung nicht macht. Dies wird uns klar werden, wenn wir einen Blick auf das Wesen der criminalrechtlichen Gewißheit werfen. — Der Richter soll im Criminalprocesse durchaus nicht mit blos formaler Wahrheit sich zufrieden geben. Sein ganzes Streben muß auf die Herstellung der möglichsten materiellen Gewißheit gerichtet seyn. Ein Geständniß oder eine Zeugenaussage muß daher nicht blos in gehöriger Form abgelegt seyn, es muß vielmehr auch:

a) in sich wahrscheinlich, d. h. theils von einer glaubwürdigen Person abgelegt seyn, theils mit sich selbst übereinstimmend, d. h. logisch richtig seyn. Es muß aber auch

b) mit anderweitig ermittelten Umständen übereinstimmen, d. h. real richtig seyn, constatirt seyn. — Dies ist die hauptsächlichste Aufgabe jeder Untersuchung, und sie besteht besonders darin, daß der Richter theils alle Personen abhört, welche eine

Wissenschaft von dem Verbrechen haben können, theils alle sichtbaren Spuren aufsucht, welche das Verbrechen etwa zurückgelassen hat. — Unterläßt der Richter dieses, so ist die Untersuchung unvollständig. Unterläßt er es aber nicht, so sind folgende Fälle denkbar:

aa) alle Personen sind abgehört, alle Spuren sind aufgefunden und stimmen mit dem Geständnisse oder der Zeugenaussage überein. — Dann ist Alles richtig und das Geständniß constatirt; — oder:

bb) alle Personen sind abgehört, alle Spuren sind aufgefunden; aber alle oder einige stehen mit dem Geständnisse oder der Zeugenaussage in Widerspruch: in diesem Falle verliert das Geständniß oder die Zeugenaussage seine Glaubwürdigkeit ganz oder theilweise; — oder

cc) alle Personen sind abgehört, allen Spuren ist nachgespürt, aber entweder die Personen sagen nichts aus, oder die Spuren sind nicht aufzufinden. — Auch in diesem Falle muß das Geständniß oder die Zeugenaussage nothwendig an Glaubwürdigkeit verlieren; denn gesteht ein Angeschuldigter ein Verbrechen, oder sagt ein Zeuge eine Thatsache aus, und es liegt in der Natur der Sache, daß andere Menschen hiervon wissen, oder daß Spuren vorhanden sind, diese Menschen aber wissen nichts, diese Spuren sind nicht vorhanden, so ist offenbar ein indirecter Widerspruch vorhanden, und das Geständniß oder das Zeugniß muß an Glaubwürdigkeit verlieren.

Nun ist es gerade die Natur der delicta facti permanentis, daß sie in der Regel Spuren hinterlas-

sen. Fehlen also diese Spuren, so muß das Geständniß oder das Zeugniß oder, falls die Thäterschaft durch Indicien hergestellt wurde, der Indicien-Beweis an Glaubwürdigkeit verlieren. — Es sind, wenn die Spuren fehlen, gewissermaßen Gegenanzeigen der That da, und dieser indirecte Gegenbeweis kann unter Umständen eine solche Kraft gewinnen, daß er dem Beweise der Thäterschaft alle Kraft raubt. Eine Ausnahme pflegt man freilich zu machen, wenn sich nachweisen läßt, daß die Spuren verwischt sind; allein dies ist eigentlich keine Ausnahme; denn kann ich das Verwischtseyn der Spuren nachweisen, so habe ich ja eben damit nachgewiesen, daß die Spuren da gewesen sind; ich habe das Vorhandenseyn der Spuren wenigstens indirect bewiesen.

4. Es läßt sich, wie bereits aus dem Obigen sich ergiebt, kein allgemeine Regel darüber aufstellen, welche Thatsachen ermittelt, welche Beweismittel angewandt seyn müssen, damit der objective Thatbestand für constatirt zu halten sey. Man kann nur sagen, es müssen mindestens die Thatsachen ermittelt seyn, ohne deren Vorhandenseyn nicht anzunehmen ist, daß die fragliche That geschehen ist.

Welche Thatsachen dies sind, das ist nach der Natur jedes einzelnen Falles verschieden. Ist z. B. Jemand mit einem Gifte vergiftet, welches sich chemisch in der Leiche darstellen läßt, so wird man fordern, daß dies geschehe. War dagegen die giftige Substanz der Art, daß keine Darstellung möglich ist, so wird man von dieser Forderung abstehen. — Ebenso ist es mit den Beweismitteln. Bei dem Todtschlag läßt sich der erfolgte Tod direct erweisen, nämlich durch Auffinden der Leiche; bei dem Kindermord läßt sich das Gelebthaben des Kindes oft nur indirect er-

weisen, nämlich durch Zeichen, daß das Kind gelebt habe; ebenso bei der Brandstiftung läßt sich der Umstand, daß das Feuer aufgegangen sey, oft nur indirect beweisen, nämlich durch die angebrannte Stelle.

II.

Das Requisit des bösen Leumundes (oder richtiger und umfassender ausgedrückt: das Erforderniß, daß der Angeschuldigte eine Person sey, zu der man sich der Missethat versehen kann) ist vor andern im Deutschen Strafproceß-Rechte tief begründet; mit ihr hing das wichtige Institut der Computatoren zusammen. — Nach der Carolina sollte der böse Leumund, als eine derjenigen Anzeigen, „so sich auf alle Missethat beziehen", zwar für sich allein nicht genügen, um darauf die Tortur erkennen zu können (C. C. C. art. 25., insbesondere §. 1. §. 4. §. 5. art. 26. art. 27.); zugleich aber hat der Gesetzgeber der Carolina dem bösen Leumunde ein negativ entscheidendes Gewicht beigelegt, indem er das Daseyn desselben als Bedingung erforderte, um überhaupt auf Indicien-Beweis die Tortur erkennen zu können; so bei dem auf das Zeugniß Mitschuldiger begründeten Indicien-Beweis (C. C. C. art. 31. §. 4. §. 5 a. E.), so bei der Indicie der voraufgegangenen Drohung (art. 32.), so wenn der Beweis des Kindesmordes (art. 35.), des Giftmordes (art. 37.), der Brandstiftung (art. 41.), der Verrätherei (art. 42.), des Diebstahls (art. 43. zweiter und dritter Satz), der Zauberei (art. 44.) vermittelst Indicien geführt werden soll.

Es würde ein gewagtes Experiment seyn, wenn die Gesetzgebung von diesem Grundsatze abgehen wollte; dies wäre auch inconseqnent, da nur die Lücke ausgefüllt werden soll, welche im Beweissysteme der Carolina durch die Abschaffung der Folter entstanden ist, zu dem Ende

aber schon die Zulassung des Indicien-Beweises zu dem Effecte, daß darauf Strafe erkannt werden kann, genügt, und nicht auch nöthig ist, die Herstellung des Anzeigenbeweises zu erleichtern. Man darf auch das Beweissystem, welches die Carolina aufstellt, nicht gering achten. Namentlich die Theorie des Indicien-Beweises war zur Zeit der Carolina durch die italienischen Juristen schon sehr ausgebildet und die von ihnen aufgestellten Grundsätze haben den Gesetzgeber der Carolina vorzüglich geleitet [1]).

Auch die Preußische Criminal-Ordnung (Art. 405. 407 a. E.) fordert als eine Hauptbedingung der Verurtheilung zu einer außerordentlichen Strafe: daß die zusammentreffenden und mit einander übereinstimmenden Anzeigen durch den schlimmen Charakter des Verdächtigen und die bisherige schlechte Lebensweise desselben unterstützt seyn müssen, — und ähnliche Vorschriften enthalten einige andere neue deutsche Strafproceß-Ordnungen.

Und sicherlich ist diese Bedingung in der Natur der Sache tief begründet und von der höchsten praktischen Bedeutung. Sie ist das eigentliche Palladium, welches den unbescholtenen Staatsbürger gegen willkührliche und übereilte Verurtheilungen schützt.

Es streitet für den Angeschuldigten, der das Verbrechen leugnet, die Vermuthung der Unschuld, die in jedem Untersuchungsprocesse vorherrschen muß. Diese Vermuthung muß durch eine entgegengesetzte Vermuthung aufgewogen werden, nämlich durch den Umstand, daß man sich zu ihm der That versehen kann, wenn der Indicien-Beweis überzeugende Kraft haben soll; denn ein eigentliches Widerlegen und Vernichten jener Vermuthung — wie durch das eigene Geständniß des Ange-

1) „Eine Zierde der Carolina bilden die darin enthaltenen Vorschriften über künstlichen Beweis." — Mittermaier Lehre vom Beweise S. 409 a. E.

klagten — läßt sich auf indirectem Wege nicht erreichen. Nur dann, wenn jene entgegengesetzte Vermuthung vorhanden ist, verdient der Angeschuldigte, der den Indicien gegenüber seine Unschuld behauptet, keinen Glauben. Die Bedeutung einer Indicie ist eine ganz andere, wenn sie auf einen Menschen, dem man die That zutrauen kann, als wenn sie auf einen ganz unbescholtenen hinzeigt. So z. B. ist es ein großer Unterschied, ob eine vom Eigenthümer vermißte Sache sich im Besitze eines wegen Diebstahls schon einmal Bestraften oder im Besitze eines anerkannt rechtlichen Menschen wiederfindet; dort bildet sich leicht die moralische Ueberzeugung, daß der Besitzer die Sache gestohlen habe, während hier die Behauptung des Ankaufs von einem Unbekannten oder des Fundes Glauben findet. Mit einem Worte: der Umstand, daß man sich zu dem Angeschuldigten der That versehen kann, ist die Grundlage, worauf allein sich in den allermeisten Fällen der Indicien-Beweis mit Sicherheit herstellen läßt; er giebt den Indicien oft erst Bedeutung.

Namentlich bei dem schriftlichen Inquisitions-Verfahren, wo der erkennende Richter die Person des Angeschuldigten nicht sieht und ihn nicht unmittelbar vernimmt, wäre es höchst gewagt, den Indicien-Beweis auch gegen solche Personen zuzulassen, zu denen man sich der That nicht versehen kann; es würde der Willkühr dadurch Thor und Thür geöffnet [2]).

---

2) Auch beim Geschwornen-Gerichte wird die Rücksicht auf den Ruf des Angeschuldigten oft entscheidend. „Ich habe oft gesehen (berichtet der vielfach und mit großer Auszeichnung als Assisen-Präsident thätig gewesene Appellationsrath von Golbery), wie Anklagen von Erfolg waren, wo es beinahe ganz an Beweisen fehlte; aber der Angeklagte stand in einem bösen Ruf, man fürchtete ihn, er hatte schon mehrere Vergehen begangen, oder er war nur schon mehrmal gerichtlich belangt worden, und nie wird in einem solchen Falle die Immoralität

Darauf, daß der böse Leumund, für sich allein nur eine s. g. Vermuthung begründet, kann nichts ankommen, wenn man anerkennen muß, daß in den meisten Fällen von dieser Vermuthung die beweisende Kraft der Indicien abhängt.

Fälle, wo der Umstand: daß man sich zu dem Angeklagten der That versehen könne — nicht vorhanden ist, werden, wenn der Angeklagte wirklich der Schuldige ist, immer höchst selten seyn; denn nach der Erfahrung fangen die Verbrecher gewöhnlich mit den kleinen Vergehungen an, oder haben doch längst die Gebote des Sittengesetzes übertreten, bevor sie ein wirkliches Verbrechen begehen. Daher wird, auch wenn einmal ein schlauer Verbrecher bis zum letzten Augenblick das Publikum zu täuschen verstand, doch eine sorgfältige Leumunds-Erforschung fast immer ergeben, daß er schon früher nicht der war, der er zu seyn schien, und sollte es dennoch im seltenen Falle einmal einem schlauen Verbrecher gelingen, sich unter dem Schutze der zur Sicherung des unbescholtenen Staatsbürgers gegebenen Vorschrift, der verdienten Strafe zu entziehen, so würde das nur ein geringer Nachtheil seyn im Verhältniß zu dem Gewinn eines stärkeren Schutzes der Unschuld und einer größeren Sicherheit für alle unbescholtene Staatsbürger. — Noch seltener sind auf der andern Seite die Fälle, wo Jemand ohne sein Verschulden — durch Verleumdung — mit einem üblen Rufe belastet ist. Er wird seine Freunde haben, die ihn gegen die Verleumdung in Schutz nehmen und ihn vor dem Richter, der ohnehin die Aufsuchung und Benutzung der Entschuldigungsanzeigen am wenigsten versäumen darf, vertheidigen.

---

oder Verruchtheit den Sieg davon tragen." (Krit. Zeitschrift für Rechtswissenschaft und Gesetzgebung des Auslandes, 3. Band S. 302.)

Hiermit stimmen denn auch die Ansichten derjenigen Rechtslehrer, welche diese Materie am umsichtigsten behandelt haben, überein [3]).

Das fragliche Requisit entspricht auch vollkommen dem praktischen Bedürfnisse; denn daß der Indicien-Beweis ein praktisches Bedürfniß geworden ist, zeigte sich in den Fällen, wo schwer gravirte und übelberüchtigte, namentlich rückfällige Verbrecher durch ihre größere Immoralität, Hartnäckigkeit und Gewandtheit die Bemühungen der Inquirenten um das Geständniß erschwerten und oft vereitelten, und daher, obgleich Jeder sie schuldig hielt, nicht verurtheilt werden konnten.

Das Vorhandenseyn des bösen Leumundes muß aber absolut, d. i. bei jedem Indicien-Beweise gefordert werden. Denn damit die Gesetze Festigkeit haben, müssen sie scharfe Regeln aufstellen, ohne sich auf s. g. Modificationen nach der eigenthümlichen Beschaffenheit einzelner Fälle einzulassen. Nur durch das unbedingte Gebot aber läßt sich hier eine scharfe Regel gewinnen; jede nicht-absolute Vorschrift würde auch nur tautologisch seyn und nichts Anderes besagen, als daß die Indicie des bösen Leumundes zu den übrigen Indicien hinzukommen müsse, wenn nicht schon letztere allein dem Richter volle Ueberzeugung gewähren. Dies aber wäre nur eine Wiederholung des allgemeinen Grundsatzes, daß der Richter nur dann auf Indicien verurtheilen darf, wenn dieselben ihm volle Ueberzeugung von der Schuld gewähren. Oder wollte man darin etwas Anderes als Tautologie finden, so könnte eine solche Vorschrift den Richter leicht verleiten, dem bösen Leumunde für alle solche Fälle, wo nicht schon die Schuld des Angeklagten aus andern Grün-

3) Man sehe namentlich Mittermaier Lehre vom Beweise S. 426. 431. 434. 438 a. E., 455 a. E. Derselbe im Neuen Archiv des Criminalrechts, 14. Band S. 597.

den klar ist, ein positiv entscheidendes Gewicht beizulegen, welches er doch nicht haben soll [4]).

Das fragliche Erforderniß muß aber auch auf alle Verbrechen erstreckt werden; denn Geneigtheit zum Verbrechen kann ebensowohl hinsichtlich der Verbrechen aus Leidenschaft, Affect, Muthwillen u. s. w. stattfinden, als hinsichtlich der ehrenrührigen Verbrechen, des Diebstahls, des Betrugs, u. s. w. So spricht die Vermuthung gegen den Jähzornigen und zu Gewaltthätigkeiten Geneigten, wenn er eines im Affect verübten Verbrechens bezüchtigt wird, oder gegen den Leidenschaftlichen wegen eines Verbrechens aus Leidenschaft, gegen den Unvorsichtigen und Fahrlässigen, wegen eines Verbrechens aus Fahrlässigkeit, im Allgemeinen ebenso stark, als gegen den Vagabonden u. s. w., wenn dieser eines Diebstahls verdächtig wird, und auf der andern Seite kann man sich zu einem sehr ruhigen, besonnenen und leidenschaftslosen Menschen eines im Affecte und in der Leidenschaft verübten Verbrechens im Allgemeinen ebensowenig versehen, als zu dem anerkannt rechtlichen und wohlhabenden Manne eines Diebstahls. Freilich kann der Fall vorkommen, daß auch ein sonst sehr ruhiger und besonnener Mann der Gewalt des Affects oder dem Sturme einer Leidenschaft unterliegt und zu einem Verbrechen hingerissen wird; ebensowohl kann sich aber auch der bisher rechtliche und der wohlhabende Mann zu einem Betruge verleiten lassen. In solchen Fällen wird — wenn das Gesetz das Daseyn des bösen Leumundes absolut fordert — freilich Lossprechung erfolgen müssen, wenn nicht der Inculpat zum Geständnisse gebracht oder durch Zeugen überführt werden kann. Das sind aber nur seltene

---

4) Es soll und darf dem Richter nicht vorgeschrieben werden, daß er verurtheilen soll, wenn der böse Leumund zu andern Indicien hinzukommt, sondern nur, daß er nicht verurtheilen dürfe, wenn nicht der böse Leumund zu andern Indicien hinzukomme.

Fälle, auf welche das Gesetz nicht zu berechnen ist. Der Staat verzichtet lieber auf solche seltene Verurtheilungen, um dadurch die Unschuld vor möglichen ungerechten Verurtheilungen zu bewahren. Niemals wird es auch der menschlichen Einsicht gelingen, eine Beweis-Theorie aufzustellen, welche die Ueberführung aller Schuldigen, aber auch nur der Schuldigen, sichert.

Es entsteht aber die Frage und der Zweifel: soll eine solche absolute Vorschrift nur allgemein lauten, oder sollen bestimmte Kriterien des bösen Leumundes im Gesetze angegeben werden, z. B. Rückfall, so daß der Richter nur dann bösen Leumund annehmen darf, wenn sich die im Gesetze bezeichneten Merkmale desselben in concreto vorfinden?

Es lassen sich namentlich der Rückfall (als schon voraufgegangene Verurtheilung wegen gleicher oder ähnlicher Vergehen), — vertrauter Umgang mit andern erwiesenen Verbrechern, — mangelnde Nachweisung über einen ordentlichen Erwerb als Merkmale des bösen Leumundes, die etwa im Gesetze anzuführen wären, bezeichnen.

Es ist nicht zu verkennen, daß durch Aufzählung bestimmter Merkmale im Gesetze eine noch größere Sicherheit im Interesse der Unschuld gewonnen werdenwürde.

Doch aber ist es unthunlich, für alle Verbrechensarten die nämlichen Merkmale des bösen Leumundes im Gesetze aufzuführen; denn der böse Leumund wird bei Verbrechen gegen das Eigenthum (zu deren gesetzlichem Begriffe immer dolus gehört) aus andern Gründen vermuthet, als bei Verbrechen gegen die Person und als bei Vergehen aus culpa. Auch lassen sich nicht einmal bei allen Verbrechen bestimmte Kriterien des bösen Leumundes angeben.

Von Verbrechern aus Leidenschaft, Affect, Muthwillen, Fahrlässigkeit ist selten Wiederholung zu befürchten; Motiv und Zweck des Verbrechens ist in den meisten Fällen durch die eine verbrecherische That absorbirt worden; oft auch untersagt die Natur die Wiederholung; der culpose Verbrecher wollte das Verbrechen überall nicht und wird es umsoweniger wiederholen, wenn er daher Schaden nahm. — Wohl aber läßt jeder Dieb Wiederholung befürchten. Schon die — auf alter Erfahrung beruhende und bei keinem andern Verbrechen vorkommende — gesetzliche Annahme des furti tertii zeugt dafür. Der Dieb bestätigt nur zu oft die von ihm herrschende Meinung: semel malus, semper talis; das alte Sprichwort sagt: wer einmal stiehlt, heißt allezeit ein Dieb.

Hiernach kann das Daseyn des wichtigsten und sichersten Merkmals des bösen Leumundes, nämlich des Rückfalls, füglich nur für den Beweis der Eigenthums-Verbrechen gefordert werden.

Dasselbe gilt von dem verdächtigen Umgange mit berüchtigten Personen und von dem Verkehre in verrufenen Häusern (z. B. Diebsherbergen). Auch dies Merkmal des bösen Leumundes trifft besonders nur beim Diebstahl und anderen Eigenthums-Verbrechen zu.

Fast ausschließlich eigen ist endlich den Eigenthums-Verbrechen die Vermuthung, welche sich darauf gründet, daß der Angeschuldigte sich über keinen ehrlichen Nahrungserwerb auszuweisen vermag.

Das Vorhandenseyn eines dieser Merkmale des bösen Leumundes kann demnach nur bei den Eigenthums-Verbrechen gefordert werden. Sie können freilich auch bei anderen Verbrechen vorkommen und können dann auch dort unter Umständen den bösen Leumund constatiren, letz-

teres aber doch nie mit der Sicherheit, wie beim Diebstahl und bei den dem Diebstahl verwandten Verbrechen, und ersteres immer nur sehr selten. Und eben deshalb darf man nicht auch bei andern Verbrechen, wie beim Diebstahle rc. die Annahme des bösen Leumundes nur von diesen Merkmalen abhängig machen, wenn sie nicht vom Indicien-Beweise fast ganz ausgeschlossen werden sollen. Es läßt sich rücksichtlich ihrer vielmehr nur die allgemeine Vorschrift geben: daß kein Angeschuldigter auf Indicien verurtheilt werden soll, wenn man nicht nach seinem Rufe, seinem Lebenswandel, seinen Verhältnissen und nach seiner Gemüthsbeschaffenheit eine Geneigtheit zu Verbrechen, wie das angeschuldigte, annehmen darf, oder wenn er nicht eine solche Geneigtheit bestimmt zu erkennen gegeben hat. Alles was man hier etwa noch anführen könnte, (z. B. Interesse an dem Verbrechen, Feindschaft, Drohung,) liegt schon in jener allgemeinen Vorschrift [5]).

---

5) Aus den Beweggründen des Angeschuldigten zur Begehung des vorliegenden Verbrechens läßt sich für die Geneigtheit desselben zur Verübung mit Sicherheit nichts folgern, wenigstens nicht allein aus den Beweggründen.

Nur bei einem Menschen von schlechtem Rufe, schlimmem Charakter u. s. w., kann man aus Beweggründen eine Vermuthung gegen ihn herleiten; ein solcher Mensch hat dann aber auch schon als Mensch von schlechtem Rufe u. s. w. die allgemeine Vermuthung, welche gefordert wird, gegen sich, und diese würde durch den für ihn vorhandenen Beweggrund nur verstärkt werden, was sich aber schon von selbst ergiebt und im Gesetze nicht besonders gesagt zu werden braucht. Kein geistesgesunder Mensch begeht übrigens ohne verständiges — wenn auch unmoralisches — Motiv ein Verbrechen, und die Motive liegen gewöhnlich in einer Gemüthsbeschaffenheit oder in Verhältnissen, die nicht leicht verborgen bleiben. Daher werden auch die Motive von der Vorschrift, in welcher besonders auf die Verhältnisse und Gemüthsbeschaffenheit hingewiesen ist, ergriffen.

Aber bei einem Menschen von gutem Rufe, von anerkannter Moralität u. s. w. kann man aus vorhandenen Beweggründen durchaus nicht die allgemeine, von den besonderen Anzeigen der befraglichen That unabhängige Vermuthung der Geneigtheit zum Verbrechen ableiten. Sollten die Beweggründe allein Jemanden verdächtigen können, so könnte daher

Wollte man darin, daß nur bei den Eigenthums-Verbrechen bestimmte Kriterien des bösen Leumundes im Gesetze angegeben werden, eine Beschränkung und Erschwerung der Anwendung des Indicien-Beweises bei diesen Verbrechen, welches die ehrenrührigen Verbrechen sind, erkennen, so könnte man es nur gut heißen, daß gerade bei diesen Verbrechen die Anwendung des Indicien-Beweises mehr beschränkt wird, eben weil sie eine unrechtliche und niederträchtige Gesinnung darlegen, die man nicht Jedem zutrauen darf, weil die Verurtheilung bei ihnen auch die Ehre angreift, und weil man daher bei ihnen den bisher unbescholtenen und ehrlichen Mann noch mehr vor übereilter und ungerechter Verurtheilung schützen muß, als bei anderen Verbrechen.

Doch findet eine solche Beschränkung auch nicht einmal statt; denn es giebt — nach der Erfahrung und nach der Natur der Sache — bei Eigenthums-Verbrechen keine anderen sicheren Merkmale des bösen Leumundes als die angegebenen. Der Zweck des Gesetzes kann daher durch die bestimmte Anführung derselben nicht vereitelt werden.

---

der Reinste und Edelste in Verdacht gerathen. Denn der beste Mensch kann die stärksten und dringendsten Beweggründe zu einem Verbrechen haben. Er ist aber doch nicht *geneigt* zu dem Verbrechen, er widersteht vielmehr der Versuchung. Demnach ist bei demjenigen, zu dem man sich im Uebrigen des vorliegenden Verbrechens nicht versehen kann, erst dann Geneigtheit zu demselben anzunehmen, wenn er selbst — durch Handlungen oder Aeußerungen — solche Geneigtheit bestimmt zu erkennen gegeben hat.

Hieraus ergiebt sich, daß man rücksichtlich der Begründung der Vermuthung oder Geneigtheit zum Verbrechen zwei Fälle unterscheiden muß, nämlich den Fall, wo diese Vermuthung aus dem schlechten Lebenswandel, dem schlimmen Charakter ꝛc. des Angeschuldigten abgeleitet wird, und den Fall, wo sie sich nicht aus dem schlechten Lebenswandel u. s. w. ableiten läßt, wo aber der Angeschuldigte seine Geneigtheit bestimmt erklärt hat.

In dem einen Falle sowohl wie in dem andern kann man sagen, daß man sich zu dem Angeschuldigten der That versehen könne.

Namentlich der Rückfall ist hier wichtig; denn, wie schon bemerkt ward, so ist unter allen Verbrechen das des Diebstahls dasjenige, bei welchem nach der Erfahrung der Rückfall am häufigsten vorkommt.

Ein minder wichtiges Merkmal des bösen Leumundes ist der verdächtige Umgang mit berüchtigten Personen und der Verkehr in verrufenen Häusern; denn es kommt dasselbe seltener vor, seitdem das eigentliche Gaunerwesen aufgehört hat und die Polizeianstalten verbessert sind.

Praktisch sehr wichtig ist dagegen wiederum das von dem Mangel eines ehrlichen Nahrungserwerbes abgeleitete Merkmal des bösen Leumundes bei Eigenthums-Verbrechen. Dadurch wird die ganze zahlreiche Klasse der Vagabonden und gewerbsmäßigen Diebe ergriffen, und das mit Recht; denn die Vagabondage und die Bettelei, überhaupt der Mangel eines ehrlichen Erwerbs, ist nach aller Erfahrung die Hauptquelle des Diebstahls, daher eine allgemeine Indicie desselben. Der Vagabonde und der Müßiggänger stehen in der menschlichen Gesellschaft auf der Grenze zwischen Laster und Verbrechen, sie sind die Pflanzschule, in der Faulheit und Liederlichkeit zum Verbrechen sich ausbildet [6]).

---

6) Daß der Vagabonde eine allgemeine Vermuthung gegen sich habe, ist von der Mecklenburgischen Gesetzgebung schon anerkannt worden. So darf das Crim. Coll. nach der neuen Competenz-Ordnung vom 12. Jan. 1838. §. 4. und 5. den aufgegriffenen Landstreicher annehmen, der eines auch nicht zur Competenz des Crim. Coll. gehörigen Verbrechens verdächtig geworden (aus dem einfachen Grunde, weil er wahrscheinlich noch andere Verbrechen verübt hat); es darf ferner Jeden annehmen, der ohne bestimmten, erlaubten Zweck und Gewerbe und ohne die nöthigen Subsistenz-Mittel längere Zeit im Lande umhergezogen ist, und — wie es im §. 4. sub 3. heißt eben dadurch den Verdacht eines gewerbsmäßigen Betriebes des Diebstahls oder anderer Eigenthums-Verbrechen wider sich begründet hat. Nach §. 5. ist ferner das Crim. Coll. ermächtigt, zur fernern Wachsamkeit ge-

Es sind jene drei Merkmale des bösen Leumundes auch in dem neuen Oesterreichischen Gesetze über den Indicien-Beweis von 1833 (§. 6.) angegeben, wiewohl nur beispielsweise, und nur das letzte, nämlich die mangelnde Ausweisung über einen ehrlichen Erwerb, speciell für Eigenthums-Verbrechen, die beiden ersten dagegen, nämlich der Rückfall und der Verkehr mit Verbrechern, in Bezug auf alle Verbrechen. Letzteres kann nach dem Obigen nicht gebilligt werden.

Auch schon nach der Carolina begründet Rückfall bösen Leumund [7]). Nicht minder bezeichnet schon die Carolina „Wohnung oder Gesellschaft bei solchen Leuten, die dergleichen Missethat üben" als allgemeinen Verdachtsgrund (Art. 25. §. 4.). Endlich bezeichnet die Carolina auch schon den Landstreicher, der keinen rechtlichen Erwerb nachweisen kann, als des Raubes verdächtig (Art. 39.).

Hiernach würde man sich, indem man diese Merkmale des bösen Leumundes bei Eigenthums-Verbrechen fordert, dem gemeinen Rechte anschließen. Es erscheint jedoch rathsam:

1. von den Eigenthums-Verbrechen nur den Diebstahl und Raub als solche im Gesetze zu nennen, bei denen eins der mehrgedachten drei Merkmale des bösen Leumundes absolut erfordert wird, — und nicht auch den Betrug und die Unterschlagung, um nicht bei letzteren den Indicien-Beweis zu sehr zu beschränken.

---

gen verbrecherische Verbindungen und zu den des Endes nöthigen Erforschungen, berüchtigte Landstreicher aufgreifen zu lassen u. s. w.

7) Art. 25. §. 1. „Ob der verdacht (der Verdächtige) eyn solche „verwegene oder leichtfertige person, von bösem leumunt und „gerücht sei, daß man sich der missethat zu jr versehen möge, „oder ob dieselbig person, dergleichen missethat vormals geübt, „unterstanden habe, oder beziegen worden sey."

Namentlich der Rückfall ist hier wichtig; denn, wie schon bemerkt ward, so ist unter allen Verbrechen das des Diebstahls dasjenige, bei welchem nach der Erfahrung der Rückfall am häufigsten vorkommt.

Ein minder wichtiges Merkmal des bösen Leumundes ist der verdächtige Umgang mit berüchtigten Personen und der Verkehr in verrufenen Häusern; denn es kommt dasselbe seltener vor, seitdem das eigentliche Gaunerwesen aufgehört hat und die Polizeianstalten verbessert sind.

Praktisch sehr wichtig ist dagegen wiederum das von dem Mangel eines ehrlichen Nahrungserwerbes abgeleitete Merkmal des bösen Leumundes bei Eigenthums-Verbrechen. Dadurch wird die ganze zahlreiche Klasse der Vagabonden und gewerbsmäßigen Diebe ergriffen, und das mit Recht; denn die Vagabondage und die Bettelei, überhaupt der Mangel eines ehrlichen Erwerbs, ist nach aller Erfahrung die Hauptquelle des Diebstahls, daher eine allgemeine Indicie desselben. Der Vagabonde und der Müßiggänger stehen in der menschlichen Gesellschaft auf der Grenze zwischen Laster und Verbrechen, sie sind die Pflanzschule, in der Faulheit und Liederlichkeit zum Verbrechen sich ausbildet [6]).

6) Daß der Vagabonde eine allgemeine Vermuthung gegen sich habe, ist von der Mecklenburgischen Gesetzgebung schon anerkannt worden. So darf das Crim. Coll. nach der neuen Competenz-Ordnung vom 12. Jan. 1838. §. 4. und 5. den aufgegriffenen Landstreicher annehmen, der eines auch nicht zur Competenz des Crim. Coll. gehörigen Verbrechens verdächtig geworden (aus dem einfachen Grunde, weil er wahrscheinlich noch andere Verbrechen verübt hat); es darf ferner Jeden annehmen, der ohne bestimmten, erlaubten Zweck und Gewerbe und ohne die nöthigen Subsistenz-Mittel längere Zeit im Lande umhergezogen ist, und — wie es im §. 4. sub 3. heißt eben dadurch den Verdacht eines gewerbsmäßigen Betriebes des Diebstahls oder anderer Eigenthums-Verbrechen wider sich begründet hat. Nach §. 5. ist ferner das Crim. Coll. ermächtigt, zur fernern Wachsamkeit ge-

Es sind jene drei Merkmale des bösen Leumundes auch in dem neuen Oesterreichischen Gesetze über den Indicien-Beweis von 1833 (§. 6.) angegeben, wiewohl nur beispielsweise, und nur das letzte, nämlich die mangelnde Ausweisung über einen ehrlichen Erwerb, speciell für Eigenthums-Verbrechen, die beiden ersten dagegen, nämlich der Rückfall und der Verkehr mit Verbrechern, in Bezug auf alle Verbrechen. Letzteres kann nach dem Obigen nicht gebilligt werden.

Auch schon nach der Carolina begründet Rückfall bösen Leumund [7]). Nicht minder bezeichnet schon die Carolina „Wohnung oder Gesellschaft bei solchen Leuten, die dergleichen Missethat üben" als allgemeinen Verdachtsgrund (Art. 25. §. 4.). Endlich bezeichnet die Carolina auch schon den Landstreicher, der keinen rechtlichen Erwerb nachweisen kann, als des Raubes verdächtig (Art. 39.).

Hiernach würde man sich, indem man diese Merkmale des bösen Leumundes bei Eigenthums-Verbrechen fordert, dem gemeinen Rechte anschließen. Es erscheint jedoch rathsam:

1. von den Eigenthums-Verbrechen nur den Diebstahl und Raub als solche im Gesetze zu nennen, bei denen eins der mehrgedachten drei Merkmale des bösen Leumundes absolut erfordert wird, — und nicht auch den Betrug und die Unterschlagung, um nicht bei letzteren den Indicien-Beweis zu sehr zu beschränken.

---

gen verbrecherische Verbindungen und zu den des Endes nöthigen Erforschungen, berüchtigte Landstreicher aufgreifen zu lassen u. s. w.

7) Art. 25. §. 1. „Ob der verdacht (der Verdächtige) eyn solche „verwegene oder leichtfertige person, von bösem leumunt und „gerücht sei, daß man sich der missethat zu jr versehen möge, „oder ob dieselbig person, dergleichen missethat vormals geübt, „unterstanden habe, oder bezigen worden sey."

Es ereignen sich nämlich hin und wieder Fälle, wo Jemand sich namentlich das Verbrechen des Betrugs zu Schulden kommen läßt, ohne daß man sich zu ihm überall nur eines solchen Verbrechens versehen kann. Umsoweniger darf man hier die Leumunds-Erforschung auf bestimmte Merkmale beschränken. —

2. Das Merkmal des Rückfalls ist nicht auf die schon voraufgegangene Verurtheilung zu beschränken, sondern es ist dasselbe — wie auch nach der Carolina, Art. 25 §. 1. und nach dem neuen Oesterreichischen Gesetze §. 6. sub a. — auch dann schon anzunehmen, wenn der Angeschuldigte in einer früheren Untersuchung wegen eines gleichartigen Verbrechens verdächtig geblieben (nicht freigesprochen) ist.

III.

Die Strafart des Zuchthauses im Königl. Sächs. Gesetzbuche.

Als Fortsetzung des S. 53 fgg. Jahrg. 1845 aufgenommenen Aufsatzes.

Von

Herrn Dr. Fr. Schwarze,

Appellations=Gerichts=Beisitzer in Dresden.

Wenn man den Kreis derjenigen Verbrechen überblickt, auf welche in dem K. Sächsischen Gesetzbuche Zuchthausstrafe gesetzt ist, so ist nicht zu verkennen, daß hier immer noch das alte Abschreckungssystem wesentlichen Einfluß geäußert und daß man Bedenken getragen hat, in Fällen, in welchen die früheren Gesetze Todesstrafe oder lebenslängliche Zuchthausstrafe androhten, sofort auf eine mildere Strafart, als Zuchthausstrafe herabzugehen. So bedenklich auch im Allgemeinen in dieser Beziehung eine zu große Milderung der zeither erkannten Strafen erscheinen mag, so ist doch andrerseits nicht zu verkennen, daß in einem neuen und abgeschlossenen Gesetzbuche bei Bestimmung der Strafen für die einzelnen Verbrechen nicht sowohl auf die frühere Gesetzgebung als vielmehr auf das in dem neuen Gesetzbuche angenommene Strafprincip und auf ein gerechtes Verhältniß der einzelnen Verbrechen und ihrer gegenseitigen Schwere und Bestrafung Rücksicht genommen werden muß, und zwar um so mehr, als man bei der frü-

hern Gesetzgebung in der Regel nur immer den einzelnen Fall und das grade vorhandene Bedürfniß berücksichtigte, meistens in diesen Fällen mit besonders harten Strafen einschreiten zu müssen glaubte und — was vorzugsweise mit zu berücksichtigen ist — häufig zu großen Werth auf den äußern und zufälligen Erfolg der That legte. Von einer gleichmäßigen, principhaltigen Gesetzgebung war daher eben so wenig die Rede, als daß das Verhältniß der Schuld zum Erfolge der That immer gehörig gewürdigt worden wäre, und es kann ebendeshalb eine Berücksichtigung der angedroht gewesenen Strafen, wenn selbige mit dem Strafsysteme des neuen Gesetzbuchs und dem Princip der Gerechtigkeit nicht allenthalben im Einklange steht, nicht gebilligt werden. Die Harmonie des Strafsystems muß nothwendigerweise durch eine solche vorzugsweise Berücksichtigung der älteren Strafen verletzt werden.

Es ist dabei auch in Erwägung zu ziehen, daß das richterliche Ermessen im Allgemeinen in der früheren Zeit noch weniger beschränkt war, als jetzt, wenn schon das Ermessen, welches in früherer Zeit die Spruchbehörden sich vindicirten, mehr Sache der Willkür war und insbesondere dazu diente, um durch zum Theil regellose Interpretationen der Gesetze und willkürliche Annahme von Milderungsgründen die Strenge der Gesetze zu umgehen und durch Auferlegung einer sogenannten willkürlichen, außerordentlichen Strafe die Verschuldung und die Bestrafung des Verbrechers in das gehörige, von den Richtern als gerecht erkannte Verhältniß zu bringen. Allein factisch war das Ermessen der Richtercollegien ein viel freieres und, bei den Zweifeln und Widersprüchen, welche bei dem Mangel einer geschlossenen Gesetzgebung aus der untergeordneten Masse einheimischer und recipirter Gesetze nothwendig sich ergeben mußten, sehr bedeutend und in der That einer gesetzgeberischen Gewalt nicht ganz unähnlich. Wenn man daher

häufig über den auffallend großen Spielraum, welcher in den neuen Gesetzbüchern dem richterlichen Ermessen eingeräumt worden sey, als bedenklich bezeichnet und getadelt hat, so scheint man wenigstens in Bezug auf die Länder, in welchen das sogenannte gemeine Recht zeither galt, vergessen zu haben, daß das Ermessen des Richters gegenwärtig in bestimmtere, in ihrem Principe allerdings gerechtfertigte, aber doch jedenfalls engere Grenzen, als sich die Richter früherer Zeit selbst gesteckt hatten, gewiesen worden ist. Nur hätte man in Consequenz des gegenwärtig in Bezug auf das richterliche Ermessen angenommenen Princips bei der Bestimmung des Minimi mehr auf die Mannigfaltigkeit der Sitte Rücksicht nehmen und in dieser Hinsicht den Richter nicht wie geschehen in zu enge Schranken verweisen sollen, insbesondre was die Wahl der Strafart anlangt, da in der That sich nicht verkennen läßt, daß häufig in den neuen Gesetzbüchern bei besonders schweren Verbrechensarten nur die gewöhnlichen Fälle berücksichtigt und selbst das Minimum aus dieser Rücksicht sehr hoch gestellt worden, obschon auch hier Fälle, ohne große Unwahrscheinlichkeiten vorauszusetzen, sich denken lassen, welche eine noch mildere Beurtheilung erheischen, als ihnen durch das Erkenntniß auf den angedrohten Minimalsatz zu Theil wird und die Aushilfe im Wege der Begnadigung eine ebenso unsichere, als, eben weil es Gnade ist, ungenügende seyn wird.

Auch bei den Strafbestimmungen des Sächsischen Gesetzbuchs, in welchen Zuchthausstrafe angedroht ist, läßt sich nicht verkennen, daß dieselbe wohl zu häufig unbedingt angedroht und daher das richterliche Ermessen zu sehr beschränkt worden ist. Selbst bei den in dem ersten bis mit dritten Capitel aufgeführten Verbrechen (den s. g. Staatsverbrechen) kann, wenn schon hier das Sächsische Gesetzbuch keineswegs durch Strenge vor den übrigen Ge-

setzbüchern sich auszeichnet, die unbedingte Androhung von Zuchthausstrafe nicht gerechtfertigt werden. Man nehme nur z. B. den Art. 113, in welchem das öffentliche (verabredete) Zusammenrotten mehrerer Personen zur gewaltsamen Auflehnung gegen die Obrigkeit mit wenigstens zweijähriger Zuchthausstrafe geahndet wird. Für die Fälle, an welche man gewöhnlich bei dem Aufruhre denkt, wird diese Strafe nicht zu hart scheinen. Allein es können eben so leicht viel mildere Fälle vorkommen. In Art. 106 ist die thätliche Widersetzlichkeit gegen die öffentliche Autorität mit höchstens 1 Jahre Gefängniß bedroht, und nur für den Fall, daß der Verbrecher sich einer Waffe bedient hat, steigt die Strafe bis auf 2 Jahre Gefängniß. Es kommt, um den Thatbestand des Aufruhrs herzustellen, nur das Requisit der verabredeten öffentlichen Vereinigung mehrerer Personen — behufs der Vornahme einer solchen Widersetzlichkeit ꝛc. hinzu, wogegen es der wirklichen Vornahme derselben zur Vollendung des Verbrechens nicht einmal bedarf [1]). Man hat angenommen, daß auch die Gewalt gegen die Diener öffentlicher Behörden, welche mit Vollstreckung der Verwendungen der letzteren beauftragt seyen, indirect eine Auflehnung gegen die Obrigkeit selbst enthalte und daher unter diesen Art. (caeteris paribus) falle. Wenn daher z. B. die Ortspolizeibehörde verordnet, daß der Tanzsaal eines Wirthshauses zur Vermeidung von Störungen mit Anbruch der Nacht geschlossen werden soll, mehrere tanzlustige Burschen aber, durch diese Beschränkung gereizt, sich verabreden, dem mit der Schließung beauftragten Polizeidiener auf der Gasse vor dem Hause

---

1) Wenigstens der Fassung des Artikels nach, obschon sich aus Art. 114 die entgegengesetzte Ansicht wohl vertheidigen läßt und die Annahme nahe liegt, daß man im Art. 113 nur das Erreichen des Zweckes der Widersetzlichkeit (mit Recht) nicht als nothwendig zur Vollendung des Versuchs angesehen.

entgegenzutreten und mit Gewalt von Ausführung seines Auftrags abzuhalten, diesen Beschluß auch auszuführen und den furchtsamen Diener mit einigen leichten Stockschlägen vertreiben, so würde hier die Strafe von zwei= und, wenn man den Stock als Waffe ansehen könnte, mit vierjähriger Zuchthausstrafe doch bei aller Rücksicht auf die Nothwendigkeit, das Ansehen der Behörde und ihrer Diener zu schützen, zu hoch seyn. Es tritt dieses Mißverhältniß recht lebhaft hervor, wenn man Art. 106 berücksichtigt, wo z. B. derjenige, welcher sich gegen eine Schildwache vergeht, nur mit Gefängniß bis zu einem Jahre belegt wird, — eine Strafe, welche allerdings in ihrem Maximo offenbar viel zu niedrig angesetzt worden. — Die besondre Strafbarkeit des Aufruhrs, des Hochverraths &c. kann nicht in Abrede gestellt werden, schon deshalb, weil diese Verbrechen gegen die allgemeine Sicherheit und Rechtsordnung gerichtet und in der Regel die Veranlassung zu weiteren Verbrechen sind. Allein so wie hier eine richtige Auffassung der Natur dieser Verbrechen als Verletzungen der Unterthanentreue von selbst vor unrichtigen Ansichten in Betreff ihrer Vollendung bewahrt, so kann die gewöhnliche Gefährlichkeit dieser Handlung nicht allein den entscheidenden Maßstab für ihre Strafbarkeit abgeben. — Es ist jedoch zu wiederholen, daß das Sächsische Gesetzbuch auch in diesem Capitel sich vortheilhaft durch Bestimmtheit des Ausdruckes und meist durch verhältnißmäßige Milde seiner Strafvorschriften vor mehreren der neuen Gesetzbücher auszeichnet.

Der Verf. will aus den übrigen Capiteln nur noch einige wenige Verbrechen, bei denen Zuchthausstrafe angedroht ist, hervorheben.

Es ist hier zunächst das Verbrechen der Nothzucht ins Auge zu fassen. Dieselbe ist unter die Verbrechen wider die persönliche Freiheit gestellt und unbedingt mit Zucht-

hausstrafe ersten Grades bedroht. Es würde hier nichts einzuwenden seyn, wenn man den Begriff der Nothzucht auf Fälle beschränkt hätte, in denen wirklich durch diese That die sittliche Existenz der Frau vernichtet oder gefährdet worden. Von selbst würden also Fälle, in denen der Beischlaf mit einer verleumdeten oder auch nur anerkannt leichfertigen Person erzwungen wird, ausgeschlossen seyn. Auch müßte auf das Benehmen der Verletzten nach der That allerdings mit Rücksicht zu nehmen seyn, da es nicht lediglich hier auf den dolus des Verbrechers, sondern auf den Verlust, den die Verletzte ihrer Ansicht nach erlitten, wesentlich mit ankommt. Dem Verf. sind Fälle bekannt, in welcher der Beischlaf mit einer Frauensperson erzwungen wurde, die letztere aber auch weder nach der That noch später irgend einen Groll gegen den Stuprator bewies, mit ihm nach wie vor scherzte und, da gewissermaßen das Geschehene und ihr Abgezwungene sich nicht mehr ändern ließ, es dabei bewenden ließ, bis die Sache ohne Zuthun der Stuprata zur Kenntniß des Richters gelangte, oder von der Stuprata, um sich wegen einer andern spätern Beleidigung, die sie von dem Stuprator erlitten, zu rächen, denuncirt wurde. Die Frauensperson hatte die Gestattung des Beischlafs aus bloßer Laune, nicht aus sittlichem Schamgefühl, verweigert. In solchen Fällen sollte eine geringere Strafart zulässig seyn. Dasselbe gilt von der Unzucht mit Frauenspersonen im bewußtlosen Zustande. Wenn A das Freudenmädchen, mit dem er schon häufig concubirt hat, in völlig berauschtem Zustande antrifft und beschläft, wird er mindestens mit einjähriger Zuchthausstrafe belegt, obschon er wußte, daß ihm das Mädchen (im nüchternen und willensfreien Zustande) den Beischlaf nicht versagt haben würde und über die Handlung des A sich nicht beschwert.

Gleiche Ausstellungen lassen sich gegen die Strafen des Verbrechens des Raubes erheben und sind dieselben in der Praxis auch anerkannt worden.

Es wird in dem Art. 163 der Räuber als derjenige definirt,

welcher, um sich fremdes bewegliches Gut zuzueignen, oder, um sich, wenn er bei Verübung eines Diebstahls betroffen wird, in dem Besitze des gestohlnen Gutes zu behaupten, gegen Personen Gewalt ausübt oder solche mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben bedroht;

und in einem späteren Zusatzartikel ist bestimmt:

Zu der Vollendung des Verbrechens des Raubes ist nicht erforderlich, daß der Räuber fremdes Eigenthum wirklich an sich genommen habe [2]).

Es ist hiernach der Thatbestand des Raubes außerordentlich ausgedehnt worden, indem nach diesen Bestimmungen der (nach der angenommenen Apprehensionstheorie) bereits vollendete Diebstahl noch nachträglich und vollständig in ein andres Verbrechen übergehen kann [3]), so wie die Consummationsfrage zu Gunsten der strengern Ansicht entschieden.

Es scheint auf den ersten Anblick allerdings ziemlich auf denselben Grad der Verschuldung und Gefährlichkeit der Handlung hinauszukommen, ob Jemand sofort mit

---

2) Im Entwurfe hieß es: „Zu der Vollendung des Verbrechens des Raubes ist nur die verübte Gewalt, nicht die wirklich erfolgte Zueignung fremden Eigenthums erforderlich."

3) Hiermit steht in Verbindung Art. 233, in welchem Artikel der Fall getroffen wird, wenn der auf der That betroffene Dieb sich gegen seine Festnehmung widersetzt, also nicht zur Erreichung des Zweckes seines Verbrechens und gleichsam fortgesetzter hierauf gerichteter Absicht, wie hier, sondern zum Schutze seiner Person Gewalt anwendet.

Gewalt gegen die Person des Inhabers ꝛc. sich den Besitz der Sache zueignet, oder wenn er in den Besitz derselben ohne Gewalt sich gesetzt und, auf der That betroffen, ihn durch Gewalt sich sichert. Allein abgesehen davon, daß dadurch Gleichheit der Strafe, aber nicht Gleichheit der Bezeichnung des Verbrechens gerechtfertigt werden würde, so ist auch jene Ansicht nicht unbedingt wahr. Der Verf. erinnert sich folgenden Falles: A entwendet von dem Felde seiner Nachbarin der B eine unbedeutende Quantität Kuhmist, wird von der B dabei betroffen und zur Rede gesetzt; — dieselbe greift unter heftigen Schimpfreden nach dem Korbe des A, in welchem der Kuhmist befindlich ist, während A, durch diese Schimpfreden gereizt, erklärt: „er lasse ihr den Korb und Mist nicht", ihr dabei einen Stoß versetzt, in Folge dessen sie den Korb fahren läßt, und mit dem Korbe entläuft. Hier lag ein vollendeter Raub vor, wegen dessen auf Zuchthausstrafe zu erkennen war.

Der Einwand, daß durch die obige Bestimmung über die Consummation der Versuch und die Vollendung häufig und insbesondre bei dem durch Drohung versuchten Raube zusammenfallen würden, wird dadurch nicht beseitigt, daß nach Maßgabe der Worte des Gesetzes „mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben bedrohen" die Drohung eine solche seyn müsse, mit welcher für den Bedrohten eine wirkliche Gefahr verbunden sey [4]). Denn erst durch die Drohung entsteht hier die Gefahr, mit welcher gedroht wird: z. B. die Drohung, dem Andern das Leben zu nehmen, erzeugt natürlich in diesem erst dann die Furcht vor Ermordung, wenn die Drohung ausgesprochen worden ist. Die schutzlose Lage des Bedrohten wird erst von dem Räuber zu der Bedrohung benutzt.

---

4) Weiß, das Criminalgesetzbuch Theil II. S. 285.

Die erste Handlung des Verbrechens — das Aussprechen der Drohung — enthält auch die Vollendung des Verbrechens.

Es genügt ferner nur der geringste Stoß, die unbedeutendste Kraftäußerung, welche der Angegriffene vielleicht nicht einmal der Mühe werth hält, zu reprimiren oder sich gegen selbige zu vertheidigen, — um das Verbrechen des Raubes als existent und vollendet annehmen und auf Zuchthausstrafe erkennen zu müssen [5]). Das schon bei den Römern anerkannte Erforderniß, die *necessitas* invincibilis alterius voluntati contraria imposita, ist sonach aufgegeben, — auf den Zustand des Angegriffenen, ob er in der That durch die Gewalt oder die Drohung in einen willensunfreien Zustand versetzt, ob er wirklich vergewaltigt worden, kommt nichts an, — und es entscheidet lediglich der dolus des Verbrechers. Es würde viel weniger gegen diese Beschränkung des vollendeten Raubes zu erinnern seyn, wenn man den Raub nicht schon mit der Gewaltanwendung, sondern mit der Vergewaltigung des Angegriffenen als vollendet ansehen wollen, z. B. A giebt dem B einen Stoß, um ihn wehrlos zu machen und die Uhr wegnehmen zu können, — B schlägt mit leichter Mühe den Stoß zurück; — hier müßte Versuch angenommen werden; — dagegen: B stürzt von dem Stoße nieder, A drückt ihn nieder, so daß er sich nicht mehr wehren kann, wird jedoch, ehe er ihm die Uhr abnimmt, verscheucht, — hier war B. vergewaltigt und das Verbrechen wäre vollendet. Die Fassung des Zusatzartikels würde dieser Ansicht nicht entgegenstehen, wohl aber die Fassung des Ent-

5) Nach Art. 164 kann nämlich der Richter, wenn der Räuber nur eine unbedeutende körperliche Gewalt oder bloße (?) Drohungen anwendet, auf Zuchthaus zweiten Grades bis zu zehn Jahren erkennen.

wurfs, in welchem nur von „verübter Gewalt" die Rede ist.

Die Unzuträglichkeiten, die aus dieser Ansicht über die Vollendung des Raubes folgen, zeigen sich auch, wenn man berücksichtigt, daß der Dieb, welcher auf der That betroffen, den Besitz des gestohlnen Guts mit Gewalt sich sichern will, als Räuber angesehen und bestraft wird. Denn es zeigt sich, daß man überhaupt denjenigen, welcher sich mittelst Gewalt fremdes Eigenthum zueignet, sey es daß diese unmittelbar zum Zwecke der Ergreifung der Sache oder der sofortigen Sicherung der genommenen Sache diente; als Räuber angesehen, die Entwendung (im weitern Sinne des Worts) als den eigentlichen nächsten Zweck des Verbrechers, die Gewalt aber nur als das Mittel, die Begehungsart betrachtet hat. Diese Uebelstände treten ferner um so mehr hervor, als auch bei andern, in demselben Capitel mit aufgeführten Verbrechen andre Grundsätze mit angenommen worden sind. Schon die Carolina stellt den Nothzüchtiger einem Räuber gleich, — er raubt die weibliche Ehre der angegriffenen Frauensperson, — und unser Criminalgesetzbuch hat zu dem Thatbestande der vollendeten Nothzucht die körperliche Vereinigung der beiden Personen erfordert, also die Anwendung der Gewalt, selbst die Vergewaltigung nicht, sondern die Erreichung des Zwecks, auf den die Gewalt abzweckte, erst für ausreichend angesehen. Nun ist zwar richtig, daß der Verlust des Guts, den die Verletzte durch die Nothzucht erleidet, höher zu stellen ist, als der Verlust von Geld und Geldeswerth. Allein es wird dadurch der Gesichtspunkt selbst, von welchem diese Verbrechen aus zu beurtheilen sind, nicht dergestalt alterirt, daß bei denselben gradezu verschiedene Grundsätze über die Vollendung anzunehmen wären. Ist auch bei dem Raube das Mittel strafbarer,

als der Zweck, der durch jenes erreicht werden soll, dagegen bei der Nothzucht die Erreichung des Zwecks erst einen viel empfindlicheren Verlust herbeiführt, als die Anwendung der Gewalt an sich ist, so kann doch eben dieser Zweck bei der Consummationsfrage nicht außer Acht gelassen werden, da erst mit Erreichung des Zwecks die Gewalt, als Mittel, ihren bestimmten Endpunkt und Ausgang erhält. — Daß ferner z. B. der Angegriffene kein Geld bei sich geführt, und sonach der Zufall und nicht die That des Verbrechers über die Vollendung des Verbrechens entscheiden würde, ist ein Einwand, welcher zuviel beweist, da auch bei vielen andern Verbrechen der Zufall über die Vollendung entscheidet und es zuletzt auf dasselbe herauskommt, ob der zur Vollendung nöthige Erfolg, wenn schon vom Zufall abhängig, doch auch die Folge der verbrecherischen Handlung ist (wie z. B. der Tod des Verletzten bei der Tödtung), oder aber ob die Erreichung jenes Endpunkts — die Wegnahme des Geldes — von einem zufälligen, von der Thätigkeit des Verbrechers unabhängigen Umstande (daß der Angegriffene Geld bei sich geführt) bedingt ist. Selbst aber wenn man eben darin, daß dieser zufällige Umstand völlig unabhängig von der Handlung des Verbrechers ist und man daher doch einige Verschiedenheit in Bezug auf die leitenden Grundsätze zwischen der Vollendung des Raubes und z. B. der Tödtung annehmen müsse, zugleich auch die Rechtfertigung dafür finden wollte, daß hier dem Zufalle aller Einfluß entzogen worden, so bleibt doch immer — abgesehen selbst von dem obigen wichtigen Unterschiede zwischen Gewaltanwendung und Vergewaltigung — noch der Einwand offen, daß man dieser Ansicht bei einem andern, nahe verwandten Verbrechen nicht treu geblieben, nämlich bei der Erpressung. In Art. 166 ist bestimmt: „Wer außer dem *Falle des Raubes* Jemanden zu einer Handlung, Duldung

oder Unterlassung nöthigt, um sich oder Andern einen rechtswidrigen Vortheil zu verschaffen, ist mit den in den Art. 163. 164. angedrohten Strafen zu belegen, wenn zum Behuf der Erpressung körperliche Gewalt oder Bedrohung mit gegenwärtiger Gefahr für Leib oder Leben angewendet worden ist ꝛc." Die Königl. Sächs. Spruchbehörden haben wiederholt anerkannt, daß nach der Fassung dieses Artikels, auf welchen der Zusatzartikel nicht mit zu beziehen, ein gewisser Erfolg des Verbrechens vorliegen müsse, um dasselbe als vollendet ansehen zu können. Nehmen wir an, daß A den B zwingt, einen von erstern ausgestellten Wechsel zu verzehren, so ist die Erpressung erst vollendet, wenn B sich dazu bequemt und das Papier verschluckt hat [6]). Es wird also verlangt, daß der Verletzte in Folge der Gewalt, deren Anwendung allein nur Versuch seyn würde, etwas gethan, geduldet oder unterlassen hat, während bei dem Raube das Verbrechen mit der Handlung des Verbrechers ohne alle Rücksicht auf deren Erfolg und den Verletzten völlig abschließt.

Jedenfalls sind aber die angedrohten Strafen zu hart. Der Verf. erinnert sich folgenden Falles: Ein junger Bursche von 20 Jahren begegnet einem Knaben, welcher ein Brod unter dem Arme trägt. Der erstere, angeblich aus Hunger dazu veranlaßt, verlangt von dem Knaben das Brod, was dieser verweigert, und das Brod, um dessen Besitz sich zu sichern, mit dem Arme an die Brust andrückt. Der junge Bursche faßt hierauf das Brod und entreißt es mit einem kräftigen raschen Zuge dem Knaben. Hier wurde nach Art. 164 auf eine einjährige Zuchthausstrafe wider den Burschen erkannt.

---

6) In diesem Falle würde übrigens auch nach gemeinem Rechte das Verbrechen der Erpressung vollendet gewesen seyn.

Auffällig ist es übrigens, daß der von einer Bande von mindestens drei Personen verübte Raub (überdies ohne Unterschied der Zahl der Angegriffenen) mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe geahndet werden soll, während u. A. auf eine 8- bis 20jährige gleichartige Strafe zu erkennen ist, wenn die Räuber [7]) in eine Wohnung eingestiegen oder zur Nachtzeit eingedrungen sind, da meistens die letzteren Fälle schwerer als der zuerst erwähnte Fall seyn werden.

Auch die im Art. 172 fg. auf das Verbrechen der Brandstiftung gesetzten Strafen könnten insbesondre (mit Ausnahme von Art. 172. 1.) in Rücksicht auf die Entscheidung in Art. 177 über die Consummation dieses Verbrechens gemildert werden, so wie auch in Art. 172. 1. zuviel vom Zufalle abhängig gemacht worden.

Was die Verbrechen gegen das Eigenthum anlangt, so hat der Verf. bereits in dem vorigen Aufsatze (Jahrg. 1845 dieses Archivs S. 61 fgg.) sich gegen den Gebrauch ausgesprochen, den man bei diesen Verbrechen von der Arbeitshausstrafe gemacht hat. Dieselben Ausstellungen treffen nun folgerecht diese hierher gehörigen Strafvorschriften, in denen Zuchthausstrafe angedroht worden ist. Es ist nicht zu billigen, daß man bei einem ausgezeichneten Diebstahle, bei welchem der Betrag der Entwendungen die Summe von 50 Thalern übersteigt, unbedingt Zuchthausstrafe angedroht hat. Fragt es sich schon, ob auch überhaupt die unbedingte Androhung irgend einer schweren Freiheitsstrafe hier nothwendig sey [8]), so

---

7) Es ist hier im Artikel von Räubern die Rede. Doch ist wohl der Fall mit inbegriffen, wenn das Verbrechen nur von einem Einzelnen verübt worden ist. Weiß, a. a. O. S. 283.

8) A erbricht ein leicht verschlossenes Pappkästchen und entwendet aus selbigem einen sehr werthvollen Brillantring, ohne dessen Werth zu kennen, — es ist der erste Diebstahl. —

muß um so mehr die Nothwendigkeit einer Freiheitsstrafe von der schwersten Gattung bezweifelt werden. Die Nachtheile des Princips, die Diebstahlsstrafen nach dem Betrage abzustufen, treten hierdurch noch mehr hervor, — eben so auch anderntheils die Nachtheile des Princips, die Beträge mehrerer Entwendungen zusammenzurechnen und die Gefängnißstrafe lediglich [9]) nach dem Gesammtbetrage abzustufen.

Unbedingt ist die Zuchthausstrafe bei dem bewaffneten Diebstahle angedroht. Auch hier wird die Strafe, wenn man nur an die schwersten Fälle denkt, an sich als gerechtfertigt erscheinen. Allein es kommen häufig milder zu beurtheilende Fälle vor. Ref. erinnert sich eines Falles, in welchem mehrere Diebe bei ihrem nächtlichen Ausgange, um auf einigen Feldern Kartoffeln zu stehlen, Stöcke sich abgeschnitten hatten, um, wenn sie von den Feldhütern betroffen würden, sich nöthigenfalls zur Wehre zu setzen; — sie waren jedoch, obschon sechs an der Zahl, sofort mit Zurücklassung der entwendeten Feldfrüchte entflohen, als sie (in der Nacht) zwei Männer in der Nähe singen hörten. Daß sie rasch den Entschluß der Widersetzlichkeit aufgegeben, als man noch nicht einmal sie angehalten, zeigt, wie geringe Gefahr von ihnen zu besorgen war, obschon andrerseits auf diesen Umstand allein, nachdem das Verbrechen vollendet war, nichts weiter ankommen konnte und insbesondre die Ernstlichkeit des Entschlusses davon nicht bedingt war.

Es ließen sich diese Einwendungen leicht noch vermehren, wenn nicht schon dieselben ausreichend wären, um den an die Spitze gestellten Satz, daß die Zuchthausstrafe zu häufig unbedingt angedroht worden, zu beweisen.

---

9) Die Mehrheit der Diebstähle kann jetzt nur innerhalb des Strafmaßes berücksichtigt werden.

Wenn allerdings künftig in Bezug auf die Vollziehung der Freiheitsstrafen eines der Pönitentiarsysteme angenommen werden sollte, so würde das Strafsystem, welches dem Gesetzbuche zum Grunde liegt, einer wesentlichen Umänderung unterworfen werden müssen und dabei wohl in Frage kommen, ob überhaupt eine doppelte schwere Freiheitsstrafe als angemessen und zulässig noch angesehen werden könne. So lange aber dieser Fall noch nicht eingetreten, wird das Augenmerk zunächst und vorzugsweise jedenfalls darauf zu richten seyn, die Grundideen, von welchen man bei der Aufstellung einer doppelten schweren Freiheitsstrafart ausgegangen, praktisch zu machen und nicht blos auf dem Papiere in dem Gesetzbuche stehen zu lassen.

Es ist bereits in dem oben angezogenen, früheren Aufsatze des Verfs. (Criminalarchiv 1845. S. 56 fgg.) darauf hingewiesen worden, daß dieses zur Zeit in Sachsen noch nicht erreicht worden ist und weder das größere Publicum noch auch der Züchtling in der Zuchthausstrafe eine schwerere Strafe, als in der des Arbeitshauses erblickt. Der Verf. zweifelt auch, ob dieses jemals durch Bestimmungen der Hausordnung und Erschwerungen der Zuchthausstrafe zu erlangen seyn wird. Derselbe glaubt vielmehr, daß in der Art, wie von diesen Freiheitsstrafen in den Gesetzbüchern Gebrauch gemacht zu werden pflegt, die Ursache jener Inconvenienz liegt.

Die Zuchthausstrafe sollte — und zwar ohne sie besonders noch in einzelne Grade wieder einzutheilen — nur auf solche Verbrechen gesetzt seyn, welche — nach allgemeiner Ansicht — den todeswürdigen ziemlich gleich stehen, sonach bei solchen, welche eine so bedeutende Niederträchtigkeit sowohl als auch Gefährlichkeit des Verbrechens documentiren, daß derjenige Verbrecher, welcher diese Strafe verwirkt hat, als ein völlig verworfenes und ehr-

loses Geschöpf erscheint. Die Verurtheilung eines Inculpaten zu dieser Strafe müßte Jedem die vollständige Gewißheit seyn, daß der Verbrecher eines der abscheulichsten Verbrechen begangen habe. Es würde daher diese Strafe nur auf die schwersten Verbrechen zu beschränken und die Zahl der Verbrechen, bei welchen sie eintritt, nur eine geringe seyn, z. B. Hochverrath, Raub und Nothzucht unter sehr erschwerenden Umständen, Meineid und Brandstiftung unter gleicher Voraussetzung, wiederholter schwerer Diebstahl, wobei die Unverbesserlichkeit des Diebes sich an den Tag gelegt, — keineswegs aber bei einem ausgezeichneten Diebstahle über 50 Thaler, einer qualificirten Veruntrauung bei gleichem Betrage, bei jedem Raube u. dgl. Von selbst verstünde sich, daß auf diese Strafe unter einer Zeitdauer von Zehn Jahren nicht zu erkennen wäre. Die Bedeutung dieser Strafart, welche man ihr, dem Publicum gegenüber, zu geben hätte, ließe sich mit einer kurzen Dauer der Strafe selbst nicht vereinigen. — Sonach dürfte es gar nicht möglich seyn, daß einem zur Zuchthausstrafe verurtheilten Verbrecher noch eine mitleidige Beurtheilung seiner That und das Zugeständniß einer zu harten Bestrafung, wie z. B. in dem oben referirten Falle eines Raubes, zu Theil werden könnte.

Würden sonach manche zeither theils unbedingt theils wahlweise mit Zuchthausstrafe bedrohten Verbrechen der Arbeitshaus-Strafart zuzuweisen seyn, so würde dieselbe doch andrerseits sehr wesentlich zu beschränken seyn. Denn wie einestheils dafür zu sorgen ist, daß ein wesentlicher Unterschied zwischen der Arbeitshaus- und Zuchthaus-Strafe von dem Verbrecher und dem Publicum gefunden und anerkannt werde, so ist andrerseits doch auch darauf Obacht zu nehmen, daß die Strafe des Arbeitshauses nicht zu häufig und insbesondre nicht in Fällen angewendet werde, in wel-

chen die Verschuldung mit der oft lebenslänglichen Vernichtung des Vertrauens, das der Inculpat bei seinen Mitbürgern genoß, und welche auch bei der kleinsten Arbeitshausstrafe in der Regel eintritt, außer allem Verhältnisse steht. Der, welcher zum erstenmale 11 Thaler stiehlt, — der, welcher einen gleichen Betrag veruntraut, dürfte nicht mit einer Strafe belegt werden, welche vielleicht seine künftige Existenz in Frage stellt und ihn lebenslänglich der Verachtung seiner Mitbürger, welche sich scheu von ihm zurückziehen und ihm häufig die Möglichkeit der Rückkehr zu einem ehrlichen Leben benehmen, preisgiebt. Es würden sowohl mehrere Verbrechen völlig, als einige wenigstens zum Theil nicht, wie zeither, mit Arbeitshausstrafe zu belegen seyn. Die Strafe von mehreren Monaten Gefängniß würde hier völlig ausreichend seyn und insbesondre hier dem richterlichen Ermessen mehr Freiheit gewährt werden müssen, als zeither geschehen. Allerdings müßten die Gerichtsgefängnisse, in denen diese Strafen zu verbüßen wären, besser und zweckmäßiger eingerichtet werden, als es leider! insbesondre bei den Patrimonialgerichten auf dem Lande zuweilen der Fall ist, vorzüglich auch die Möglichkeit gewährt werden, die Sträflinge hierbei auf eine angemessene Weise zu beschäftigen und zur Arbeit anzuhalten, was ebenfalls zur Zeit nicht sofort durchgängig bewirkt werden könnte. Die Strafe des Arbeitshauses dürfte auf eine kürzere Zeit, als auf ein Jahr nicht erkannt werden und nicht über funfzehn Jahre ansteigen können. Die Gründe für ein solches Minimum sind bereits in dem mehrmals angezogenen Aufsatze näher entwickelt worden.

Auf eine solche Weise dürfte die Arbeitshausstrafe die richtige Mitte zwischen dem Zuchthause und dem Gefängnisse halten und einer Gleichstellung der beiden erstern Strafarten ebensowohl als einem zu raschen Uebergange von der Strafe des Gefängnisses zu der des Arbeitshauses vorge-

beugt seyn. Es würde derjenige, welcher aus Noth 11 Thlr. unterschlagen und sie zu ersetzen unvermögend sey, nicht auf eine Weise betrachtet werden, die ihn ebensowohl einem Meineidigen als einem Nothzüchtiger und verwegenen Räuber in den Augen seiner Mitbürger gleichstellte und ihn, ebenso wie diese Verbrecher, für immer brandmarkte. Es würde derjenige, welcher aus Lüsternheit eine kleine Partie Obst durch Erbrechung eines leicht verschlossenen Behältnisses stiehlt und einen Theil des Obstes heute, den andern aber morgen verzehrt, mit einer leidlichen Gefängnißstrafe zu belegen seyn.

Jenes Verhältniß der Arbeits- und Zuchthausstrafe, wonach jene nur halb so viel gilt, als diese, müßte aufgegeben werden und würde sich durch die obige Begrenzung der Zeitdauer beider Strafarten meistens von selbst erledigen.

Die Strafe des Landesgefängnisses wäre beizubehalten. Auf solche würde in den Fällen vielleicht, in welchen eine mehr als achtmonatliche Gefängnißstrafe eintrete, zu erkennen seyn. Man würde allerdings darauf Bedacht zu nehmen haben, daß in der Regel nicht Diebe, Betrüger und dergleichen Verbrecher zu Landesgefängniß verurtheilt werden könnten, damit nicht demselben zugleich Verbrecher, in deren Handlung man an sich keine besondre moralische Entartung findet, z. B. Duellanten, und Diebe überliefert werden und sonach in den Augen des Publicums beide gleichmäßig gebrandmarkt würden. Das Minimum dieser Strafe, welches oben vorgeschlagen worden, kann um so weniger Bedenken erregen, als die Zahl der Verbrechen, welche mit Landesgefängniß zu ahnden sind, ohnedies sehr gering ist.

Jedenfalls müßte auch dafür Sorge getragen werden, daß Verbrecher, welche bereits früher eine Zuchthausstrafe verbüßt haben und nunmehr zu einer Arbeitshausstrafe

verurtheilt werden, nicht unbedingt mit den übrigen Züchtlingen in dem Arbeitshause gleichmäßig behandelt, wo möglich von denselben abgesondert detinirt und beschäftigt werden. Die Nachtheile, welche daraus entstehen, daß in solchen Fällen zur Zeit gar kein Unterschied gemacht wird, sind bereits in dem mehr angezogenen Aufsatze angegeben worden.

Der Verf. kann hier seine Vorschläge nur in allgemeinen Umrissen und ohne erschöpfende Motivirung niederlegen, behält sich aber die gründlichere Bevorwortung der einzelnen Vorschläge und insbesondre eine speciellere Darlegung seiner Ansichten in Bezug auf die Bestrafung der Eigenthumsverbrechen noch vor.

Es läßt sich nicht verkennen, daß eine vollständige Remedur des Strafsystems in dieser Beziehung nothwendig auch eine totale Umarbeitung des Strafgesetzbuchs oder vielmehr die Abfassung eines neuen Strafgesetzbuchs zur Folge haben würde.

Was dagegen die in dem mehr erwähnten Aufsatze S. 58 bemerkten, aus der Bestimmung des Art. 53 [10]) resultirenden mannichfachen Inconvenienzen [11]) anlangt, so hat auch die Regierung dieselben nicht verkannt und den gegenwärtig versammelten Ständen des Königreichs unter

---

10) „Mehrere zusammentreffende zeitliche Freiheitsstrafen verschiedener Art werden nach folgendem Maßstabe in die schwerste derselben verwandelt, daß Ein Jahr Gefängniß sechs Monaten Arbeitshaus, drei Monaten Zuchthaus zweiten Grades und zwei Monaten Zuchthaus ersten Grades gleich gerechnet wird."

11) Eine solche liegt insbesondre auch darin, daß ein Inculpat, welcher mehrere Verbrechen begangen hat, in Folge der Strafverwandlung mit einer zwar schwereren, aber doch kürzeren Freiheitsstrafe belegt wird, als er schon durch das eine dieser Verbrechen verwirkt haben würde, und nur, wie oben bemerkt, der Verbrecher mehr auf die Zeitdauer, als die angebliche Verschiedenheit der Schwere der Freiheitsstrafe Rücksicht nimmt.

dem $\frac{\text{29sten September}}{\text{13ten October}}$ 1845 einen Gesetzentwurf „die bei dem Zusammentreffen verschiedener Freiheitsstrafen und bei der Strafverwandlung zu befolgenden Grundsätze betreffend" vorgelegt, in welchem das in diesem Art. 53 aufgestellte Princip in der Hauptsache aufgegeben und zu dem, auch dem Art. 49 zu Grunde liegenden Principe der successiven Strafverbüßung zurückgegangen worden ist, obschon nicht ohne bedeutende Beschränkungen.

Es ist in den Motiven herausgehoben worden, daß der in dem Art. 53 angenommene Maßstab der Strafverwandlung, welcher auch auf andre Fälle, wo sich eine solche Verwandlung nöthig mache, angewendet werde, dem wahren Verhältnisse der verschiedenen Strafarten gegen einander nicht entspreche und hierdurch eine große Ungleichheit in der Bestrafung herbeigeführt werde. Ebenso wird — was für die oben aufgestellten Sätze von Bedeutung ist — nicht in Abrede gestellt, daß es nicht gelungen sey, durch administrative Einrichtungen den Unterschied zwischen den beiden Graden der Zuchthausstrafe und zwischen der Zuchthaus- und Arbeitshausstrafe in dem Maße zu erhöhen, daß dadurch, auch in der öffentlichen Meinung [12]), das im Art. 53 angenommene Geltungsverhältniß gerechtfertigt würde und wenig Hoffnung vorhanden sey, auf diesem Wege zu einer Ausgleichung der gegen den gedachten Artikel erhobenen Bedenken zu gelangen. Es wird anerkannt, daß alle Erleichterungen der Arbeitshausstrafe in Hinsicht auf Kost, Arbeitszeit, Erholung und Antheil am Ueberverdienst nicht bedeutend genug seyen, um den Unterschied zwischen den betreffenden Strafarten in einer dem Art. 53 entsprechenden Größe hervortreten zu lassen und der Zweck der Strafverwand-

12) Wohl auch schwerlich bei dem Verbrecher. Vgl. oben S. 56.

lung, daß dabei die innere Größe des Strafübels unverändert bleibe und Schwere und Dauer der Strafe einander zur Ausgleichung dienen, nicht erreicht werde.

Von den Grundsätzen des Entwurfs sollen hier nur folgende hauptsächliche erwähnt werden:

a) bei der Concurrenz von Zuchthausstrafe ersten und zweiten Grades tritt die successive Strafverbüßung unbedingt und ohne Ausnahme ein;

b) bei der Concurrenz von Arbeitshaus- und Zuchthausstrafe tritt die successive Strafverbüßung in den Fällen ein, in welchen die concurrirende Arbeitshausstrafe [13]) wenigstens die Dauer von 6 Monaten erreicht, wogegen bei geringern Arbeitshausstrafen, die Verwandlungsmaxime beibehalten worden;

c) bei der Concurrenz von Gefängniß- und einer schwereren Freiheitsstrafe ist endlich das Princip der Verwandlung und der im Art. 53 aufgestellte Maßstab derselben unbedingt beibehalten worden.

---

13) Das Minimum derselben sind zwei Monate.

IV.

Die Analogie in den verschiedenen Richtungen ihrer Anwendbarkeit auf dem Gebiete des Strafrechts.

Von

Dr. F. K. T. Hepp.

Die Frage über die Zulässigkeit der Analogie ist vom Standpunkte der neuen Strafgesetzgebungen von größerer Wichtigkeit und mehr bestritten als vom Standpunkte des gemeinen deutschen Strafrechts, besonders mit Rücksicht auf den, seit dem Baierschen Str. G. B. üblichen Zuschnitt der neuen Legislationen in Form casuistischer Gesetzgebungen, die nicht nur ihrem Gesammtinhalte nach ein abgeschlossenes Ganzes (ein corpus clausum) bilden, sondern auch bei denen jeder Artikel in scharf absondernder Casuistik einem andern oder mehreren gegenübersteht, um für jeden Fall eine qualitativ und (relativ) quantitativ bestimmte Strafe androhen, und dadurch das richterliche Ermessen binden zu können.

Während man sich daher vom Standpunkte des gemeinen Rechts, dem eine solche casuistische Anlage fremd ist, zwar nicht ausschließlich (Wächter in diesem Archiv 1844. S. 434), aber doch vorzugsweise auf die Frage beschränkte, ob durch Analogie der Umfang des Strafge-

biets erweitert werden dürfe, und welche Art der Analogie, ob nur Gesetzes- oder auch Rechtsanalogie in dieser Richtung zulässig sey? gilt es vom Standpunkte der neuen Strafgesetzgebungen noch einer Reihe anderer wichtiger Fragen, welche sich (vorläufig) auf folgende zurückführen lassen:

1) Darf durch Analogie, sey es Gesetzes- oder Rechtsanalogie, der Umfang des Strafgebiets (die Zahl der strafbaren Handlungen) erweitert werden, und welche Arten der strafbaren Handlungen sind hier gemeint?

2) Darf der Thatbestand eines Verbrechens oder Vergehens nach Analogie eines andern bestimmt werden?

3) Darf ein besonderer, d. h. für ein einzelnes Verbrechen gesetzlich anerkannter Milderungs- oder Schärfungsgrund der Strafe analog auch auf andere Verbrechen angewendet werden? Um so mehr also

4) sind besondere Zumessungs- (Minderungs- und Erhöhungs)gründe der Strafe einer analogen Anwendung auf andere Fälle fähig?

5) Kann die Analogie zur Straflosigkeit führen?

6) Kann sie zu einer Erweiterung der nur auf Klage strafbaren Handlungen, und

7) zu einer Erweiterung der Ressortverhältnisse führen? Endlich, mit allen diesen Fragen noch nicht genug, kann

8) eine ganze Gesetzgebung analog auf verwandte oder angränzende Verhältnisse angewendet werden?

Da die Analogie in diesem Umfange bisher nicht behandelt worden ist, und die neuen Legislationen in den angegebenen Beziehungen bereits zu vielen Controversen in der Doctrin

und Praxis geführt haben, so dürfte es am Orte seyn, die Frage über die Zulässigkeit derselben in den verschiedenen möglichen Richtungen ihrer Anwendbarkeit hier zur Sprache zu bringen; und wenn der Verf. dabei zunächst die einheimischen (württemb.) Verhältnisse im Auge hat, so wird dies seine Entschuldigung nicht nur in dem Umstande finden, daß ihm diese durch langjähriges sorgfältiges Studium am nächsten lagen, sondern auch darin, daß der Sache selbst und ihrer Wichtigkeit dadurch keinerlei Abbruch geschieht, weil es gleichviel ist, aus welcher der neueren Strafgesetzgebungen die hier zu entscheidenden Fragen und Fälle entlehnt werden. Die Anwendung der gewonnenen Resultate auf die Legislationen anderer deutscher Staaten ergiebt sich dann von selbst.

§. 1.

Was unter der Analogie zu verstehen sey, darüber drückt sich, neben Wächter a. a. O. S. 420 ff., am klarsten Bauer in seiner Schrift: die Warnungstheorie nebst einer Darstellung und Beurtheilung aller Strafrechtstheorieen S. 150 fg., aus, indem er bemerkt: „Um die Gränzen zu bestimmen, welche der Richter, bei Ausmittelung des Umfangs eines Strafgesetzes zu beobachten hat, ist es nöthig, die extensive Auslegung (als eine Art der logischen, im Gegensatze der grammatischen oder Wortauslegung) des Gesetzes, von der analogen (indirecten) Anwendung desselben zu unterscheiden."

„1) Die ausdehnende Auslegung zeigt, daß der Umfang der Absicht des Gesetzgebers größer sey, als der Umfang seiner Worte. Sie zeigt also, daß ein gewisser Fall im Gesetze nicht übergangen, sondern wirklich darunter begriffen sey, nur nicht unter den zu eng gefaßten Worten, wohl aber unter der Absicht des Gesetzgebers (*ex legis sententia*, L. 6.

§. 1. D. de V. S.). So dachten z. B. die Verfasser der P. G. O. bei dem Strafgesetz wider die Münzfälschung gewiß nicht an die Fälschung des Papiergeldes, als welches damals noch gar nicht existirte, und es kann mithin jenes Gesetz auf dieses Verbrechen mittelst der Interpretation nicht ausgedehnt werden, wohl findet aber eine analoge Anwendung desselben statt (Ziff. 2). Die extensive Auslegung äußert sich, ihrem Begriff zu Folge, unter andern vorzüglich da, wo das Strafgesetz (z. B. die P. G. O.) entweder nur einzelne Arten einer Gattung von Verbrechen als Beispiele nennt, ohne den Gattungsbegriff zu geben, oder wo es zwar letzteren aufstellt, jedoch die dabei genannten Arten nur beispielsweise aufführt. (Vgl. L. 6. D. cit. (50, 16), L. 17, 29, 30. D. de leg. (1. 3), Cap. 6, 8. X. de V. S. 5, 40)."

„2) Die Analogie der Strafgesetze hingegen besteht in deren Anwendung auf darunter (dem Worte und Sinne nach) nicht begriffene Fälle (indirecte Gesetzanwendung). Diese ist aber entweder Gesetzes- oder Rechtsanalogie."

„a) Die Gesetzesanalogie besteht in der Anwendung eines gewissen (bestimmten einzelnen) Strafgesetzes auf eine andere strafwürdige, aber nicht unter einem Strafgesetz begriffene Handlung, wegen vorhandener Gleichheit des Grundes (vgl. Wächter a. a. O. S. 423). Diese Gesetzesanalogie entspricht nicht nur den allgemeinen Grundsätzen vom Berufe des Richters, sondern ist auch durch die Gesetze (L. 7. §. 3. D. ad leg. Jul. majest.: *ad exemplum legis*, P. G. O. 104: in was Sachen und derselben gleichen), so wie durch die Doctrin und den Gerichtsgebrauch bestimmt. So bieten z. B.

die Anwendung des Strafgesetzes wider die Münzfälschung auf die Fälschung des Papiergeldes, die Anwendung der Gesetze wider die Calumnie auf die falsche Denunciation, so wie des Gesetzes wider die Schmähschrift auf Schandgemälde (der Gesetze gegen Brandstiftung und Diebstahl durch Einsteigen oder Einbrechen in Wohngebäude auf andere Aufenthaltsorte von Menschen, z. B. Schiffe, Zelte ꝛc.) sprechende Proben der Gesetzesanalogie dar. (Vgl. L. 12, 13, 27. D. de leg. 1, 3)."

„b) Die Rechtsanalogie besteht hingegen in der Anwendung der von einer positiven Gesetzgebung im Allgemeinen befolgten Grundsätze über Strafwürdigkeit der Handlungen auf einzelne Handlungen, auf welche irgend ein bestehendes Strafgesetz weder durch Auslegung extendirt, noch vermöge der (Gesetzes-) Analogie angewendet werden kann, (weil ein ähnlicher Fall sich nicht findet, der in einem bestehenden Strafgesetze schon entschieden wäre, oder die Gründe einer gesetzlichen Entscheidung nicht, oder nicht ganz auf den übergangenen Fall passen). Diese Rechtsanalogie kann niemals die Stelle eines Strafgesetzes vertreten; denn sie vermag immer nur zu beweisen, daß die Handlungen nach den, vom Gesetzgeber befolgten Ansichten (nach dem Geiste der ganzen Gesetzgebung) als strafwürdig anzusehen sey, welches aber nicht genügt, um solche auch für ein (bürgerlich strafbares) Verbrechen zu erklären. Dagegen kann allerdings die Rechtsanalogie dem Richter bei der Auslegung der Strafgesetze und der Zumessung der durch Gesetz nicht bestimmten Strafen großen Nutzen gewähren (vgl. L. 2. §. 8. C. de vetere jure 1, 17, P. G. O. 105: unsern keiserl. Rechten und dieser unserer P. G. O. am gemeßigsten)."

Am deutlichsten stellt sich, wenn gleich das römische Recht auch die Analogie zur interpretatio im weiteren Sinne, d. h. zu der wissenschaftlichen Ausbildung und Entwickelung des Rechts überhaupt, zählt (Wächter a. a. O. S. 419), das Verhältniß der Gesetzesanalogie (ad exemplum legis) zur ausdehnenden Auslegung der Strafgesetze (ex sententia legis) dar, wenn man betrachtet, mit welcher Feinheit die römischen Juristen auch hier, in ihrer anerkannten Meisterschaft, den Text der alten Volksschlüsse (leges judiciorum publicorum), welche die Hauptquelle des römischen Strafrechts bilden, in der einen, wie der andern Richtung bearbeitet haben, ohne dabei in den Fehler der neueren Rechtsgelehrten zu verfallen, aus den einzelnen Fällen der lex und den ex sententia und ad exemplum legis dazu gehörigen — womit das Verbrechen abgeschlossen war — eine allgemeine Begriffsbestimmung (z. B. über crimen majestatis, falsum, vis u. s. w.) aufzustellen, und dadurch den Umfang des Strafgebiets vielleicht um das Zehnfache zu erweitern, weil sie sich des Unterschiedes zwischen der Gesetzesanalogie und der in dieser Richtung unzulässigen Rechtsanalogie (vgl. freilich Wächter a. a. O. S. 428) eben so klar bewußt waren, wie sie dort, was zum Straffalle vermöge der ausdehnenden Auslegung, und was nach Erschöpfung derselben vermöge der (Gesetzes-)Analogie dazu gehöre. Jedenfalls dient die Analogie, im Gegensatze der extensiven Interpretation, zur Ausfüllung vorhandener Lücken des Strafgesetzes, und zwar, wie nachgewiesen wurde, nicht nur hinsichtlich des Umfangs des Strafgebiets, sondern auch anderer wichtiger Momente, namentlich des Thatbestandes, der Straflosigkeit gewisser Handlungen, ihrer beschränkten Verfolgung auf Klage der Behörden, durch welche dies geschieht, und der richterlichen Festsetzung der Strafe in qualitativer und

quantitativer Hinsicht. In dieser Richtung kann die gegenwärtige Abhandlung als eine Fortsetzung von Wächter's mehr angeführter Ausführung, mit welcher der Verf. in allen wesentlichen Beziehungen übereinstimmt, betrachtet werden.

§. 2.

I. Die Analogie in Beziehung auf den Umfang des Strafgebiets (die Zahl der strafbaren Handlungen). Schon die württemb. V. U. vom 25. Septbr. 1819 bestimmt im §. 26: „Niemand darf ..... anders, als in den durch das Gesetz bestimmten Fällen ..... bestraft werden", womit freilich vom Standpunkte des damaligen (gemeinen und partikulären) Rechts nicht ausgedrückt werden konnte und sollte, daß strafbar nur diejenigen Verbrechen und Vergehen seyen, welche — wie sich jetzt der Art. 1 des Str. G. B. ausdrückt — auf dem „Wortlaute oder Sinne" der gemeinrechtlichen und partikulären Quellen beruhen, also mit Ausschluß aller (Gesetzes-) Analogie. Denn eine solche Beschränkung des Umfangs des gemeinrechtlichen Strafgebiets, dessen Quellen (röm. Recht und P. G. O.) nicht nur den Richter ausdrücklich auf die Analogie in dieser Richtung verweisen, sondern auch und zum großen Theile selber darauf beruhen (röm. Recht), müßte als unvernünftig betrachtet werden. Vgl. Mohl, württemb. Staatsrecht Th. 1. S. 293, 298, erste Ausg. In sofern war jene Bestimmung der V. U. nur eine Verheißung, welche auf eine künftige Strafgesetzgebung hinwies, und um diese zu realisiren, bestimmt jetzt der Art. 1. Abs. 1 des Str. G. B.: „Das gegenwärtige Strafgesetzbuch findet Anwendung auf solche Handlungen oder Unterlassungen, welche in den Bestimmungen desselben, ihrem Wortlaute oder Sinne nach, mit Strafe bedroht sind", wobei nach der Aeußerung des

Reg.-Commissärs in der K. d. A. blos des Wohllauts wegen das Wörtchen „nur" — wie solches z. B. in dem nachgebildeten Art. 1 des Großh. Hessischen Str. G. B. ausgedrückt ist — weggelassen wurde, ungeachtet erst die Fassung: „. . . findet nur Anwendung" dem Art. 1 seine bestimmte Bedeutung geben konnte. Indeß ergeben die Kammer-Verhandlgg. und die zu diesem Artikel ausgesprochenen Voraussetzungen bei der K. und die erfolgte Zustimmung der Staats-Reg. (Amtl. Handausg. S. 149 u. 153), daß durch Analogie, sey es Gesetzes- oder Rechtsanalogie, der Umfang des Strafgebiets (die Zahl der Verbrechen und Vergehen, Art. 1. Abs. 2) niemals erweitert werden darf, und damit steht jetzt in Verbindung der Art. 104. Ziff. 1 der provisor. Str. Pr. O., welcher die Richtigkeitsbeschwerde zu jeder Zeit gestattete, „wenn eine Handlung als ein Verbrechen bestraft worden ist, obschon das so benannte Verbrechen in den Gesetzen mit keiner Strafe bedroht ist" — was unsern Defensoren die dringende Pflicht auferlegt, darüber zu wachen, daß nicht die Gerichte (wie mitunter geschieht) fortwährend die extensive Auslegung mit der analogen Anwendung der Strafgesetze verwechseln. In sofern ist die Zahl der gerichtlich strafbaren Handlungen, welche Gegenstand des Str. G. B. sind, geschlossen; in einer andern Richtung ist sie es aber nicht. Der Art. 462 (der Schlußartikel) hebt nämlich keineswegs alle Gesetze und Verordnungen, welche gerichtlich strafbare Handlungen zum Gegenstande haben, sondern nur diejenigen auf, „welche die gerichtliche Aburtheilung der, den Bestimmungen dieses Gesetzbuchs unterliegenden Verbrechen und Vergehen betreffen", so daß neben dem Str. G. B. noch andere, gerichtliche Strafe androhende Gesetze und Verordnungen in Anwendung kommen können. Dahin gehört z. B. die zweifelhafte K. Ver. v. 12. Jun. 1832 (Comment. über das württ. Str.

G. B. Th. II. S. 285 fg.), welche die Staats-Reg. mit den K. nicht verabschieden wollte, weil ihr rechtlich betrachtet nicht die Landes-Ordnung v. J. 1567, sondern der (vorsorglich in dieser Form früher publicirte) Bundestagsbeschluß v. 3. Jul. 1832. Ziff. 3 zu Grunde liegt; ferner das Recrutirungs-Ges. v. 15. Febr. 1828. §. 54 u. 56 (jetzt Art. 97 des Kriegsdienstges. v. 22. Mai 1843), weil das darin enthaltene Vergehen wegen der Vertheilung der Strafgewalt unter den Oberrecrutirungs-Rath und die Gerichte nur theilweise in das Str. G. B. gehört (Comment. Th. III. S. 371 — 72) 2c. Vgl. überhaupt Hufnagel's Comment. Th. II. S. 869 fg., III. S. 486 fg. So unpassend es nun auch ist, in eine neue Strafgesetzgebung nicht alle bekannte Verbrechen und Vergehen aufzunehmen, sondern einen Theil derselben nach besonderen Verordnungen und Gesetzen beurtheilen zu lassen, so wird man doch den Art. 1 des Str. G. B., d. h. das Verbot der Ausdehnung der Verbrechen und Vergehen durch Gesetzes- oder Rechtsanalogie, analog auch auf den Inhalt jener Gesetze und Verordnungen anzuwenden haben, nicht aber auch auf bloße Polizeiübertretungen, wenn auch im weiteren Sinne, d. h. als Uebertretungen der Regiminal-, Finanz- und Polizeigesetze, theils weil die Strafgesetze ihrer Natur nach wandelbar sind und sich nicht erschöpfen lassen, theils Uebertretungen derselben nicht von gleichem Nachtheile für die Ehre und bürgerlichen Verhältnisse sind, wie Verbrechen und Vergehen. Vgl. die K. Verhandl. zu Art. 1 im Comment. Th. I. S. 69 — 87, Wächter im Cr. Archiv 1844 S. 548 fg., und Breidenbach's Comment. über das Großh. Hessische Str. G. B. Th. I. Abth. 1. S. 179 — 215.

Darf der Umfang des Strafgebiets (die Zahl der Verbrechen und Vergehen) in keiner Weise durch Analogie

erweitert werden, und soll diese Vorschrift nach dem bestimmt ausgesprochenen Willen der V. U. den Unterthanen einen rechtlich (nicht blos politisch) nothwendigen Schutz gegen gesetzlich ungegründete Anschuldigungen und Bestrafungen gewähren: so muß es auch in constitutionellen Staaten der Richter über sich gewinnen, da wo wirkliche Lücken in der Strafgesetzgebung enthalten sind, diese als solche anzuerkennen, mithin in Fällen dieser Art keine Untersuchung einzuleiten oder die eingeleitete sofort wieder abzubrechen, sollte auch der Thäter an sich noch so sehr eine Strafe verdient haben. Jede wissentliche Umgehung dieses Gebots durch willkürliche Ausdehnung oder Steigerung der extensiven Auslegung bis zur analogen Anwendung des Strafgesetzes, oder gar nach bloßer Rechtsanalogie (d. h. hier nach dem Abschreckungsprincipe) wäre eine Verfassungs-Verletzung, und an dem untersuchenden und erkennenden Richter nach Art. 429 und 437 des Str. G. B. zu bestrafen. Denn ein „Unschuldiger", wie er dort vorausgesetzt wird, ist auch derjenige, dessen Handlung weder dem Wortlaute noch dem Sinne nach (Art. 1. Abs. 1) unter ein vorhandenes Strafgesetz subsumirt werden kann.

Wenn nun eine politsch-casuistisch-terroristische Gesetzgebung, wie das württ. Str. G. B., es sich zur Aufgabe setzt, theils um desto sicherer die Unterthanen von Verbrechen abzuschrecken, theils um das richterliche Ermessen möglichst zu fesseln, die bisherigen Gattungsverbrechen des gemeinen Rechts in eine Reihe selbstständiger Verbrechen und Vergehen mit besonderem Thatbestande und besonderen Strafen (oft in vier, fünf, sechs Abstufungen) zu zerlegen, und die noch übrig bleibenden Fälle für besondere Erschwerungsgründe eines anderweitig verübten Verbrechens zu erklären, wie z. B. mit dem bisherigen falsum (Fälschung im juridischen Sinne) und dem crimen vis

geschehen ist: so kann es sich leicht herausstellen, daß der Gesetzgeber aller angewendeten Mühe ungeachtet sich verrechnet habe, d. h. daß der eine oder andere an sich strafwürdige und auch bisher strafbare Fall aus Uebersehen straflos geblieben ist.

Dies läßt sich z. B. schon bei der Urkundenfälschung nachweisen. Was Fälschung (und Verfälschung) öffentlicher und Privaturkunden sey, bestimmen die Artt. 219—20 und 358 im natürlichen oder grammatischen Sinne des Worts, nur daß in den letztern Art. durch Beschluß der K. d. A. (ohne daß diese es selbst ahnete) auch die intellektuelle Fälschung von Privaturkunden aufgenommen wurde; denn es heißt dort: „auf eignen oder fremden Namen ausstellt", womit intellektuelle und materielle Fälschung zugleich ausgedrückt wird. Hingegen bei öffentlichen Dienern bildet jene ein selbstständiges, d. h. von dem (grammatischen) Begriffe der Fälschung ausgeschiedenes Verbrechen, welches Täuschung bei Amtshandlungen (Art. 419) genannt wird. Nun blieben noch übrig: 1) Unterdrückung ächter Urkunden zu rechtswidrigen Zwecken; 2) Gebrauch falscher Urkunden durch Dritte (ohne Einverständniß mit dem Fälscher); 3) rechtswidriger Gebrauch ächter, auf einen fremden Inhaber lautender Urkunden; und 4) wissentlich falsche Angaben vor einem, eine öffentliche Urkunde darüber aufnehmenden Beamten, welcher dadurch zur Ausstellung einer unwahren Urkunde verleitet wird. Von diesen Fällen sind der erste und zweite, je nachdem es öffentliche oder Privaturkunden sind, in den Artt. 221, 353. Ziff. 4 u. 357 auf verschiedene Weise untergebracht, der dritte und der vierte sind dagegen völlig vergessen, können daher nicht mehr selbstständig (als Fälschungen) bestraft werden. (Vgl. Comment. Th. II. S. 1375—87, Hufnagel, das württ. Str. G. B. rc. S. 205, 506.) Durch Analogie,

oder im Sinne des bisherigen falsum (welches nicht mehr besteht) kann diese Lücke nicht ausgefüllt werden.

Eine weitere, noch bedeutendere Lücke des Str. G. B. entsteht dadurch, daß der Art. 352 den Begriff des Betrugs auf in Geld berechenbare Beeinträchtigungen des Vermögens beschränkt. Dies ergiebt sich ungeachtet der weiteren Fassung des Art. 351: „Wer zum Nachtheil der Rechte eines Andern", nicht nur aus der bestimmten Erklärung der Motive, sondern auch aus der im Art. 352 für den Betrug aus Gewinnsucht angedrohten Strafe des Diebstahls, welche nach dem Werthbetrage abgestuft ist (Art. 321), so daß auch beim Betruge ein solcher vorhanden seyn muß, wenn er soll bestraft werden können; endlich auch aus Art. 157, welcher die Anmaßung einer öffentlichen Berechtigung, weil bei ihr sich der pecuniäre Nachtheil nicht in Geld berechnen läßt, vom Betrug ausgeschieden, und zu dem Range eines selbstständigen Staatsverbrechens erhoben hat. (Comment. Th. II. S. 361 u. 1352, Hufnagel Str. G. B. 2c. S. 371—72.) Wenn auf diese Weise das Str. G. B. vielen Betrügern, die man bisher als solche strafte und auch noch jetzt so nennt, einen förmlichen Freibrief ausstellt, so kann es natürlich nicht die Aufgabe der Gerichte seyn, diese Lücke durch Analogie, oder im Sinne des bisherigen (jetzt aufgehobenen) Rechts auszufüllen. Man wollte ja auch so gern den Gerichten Erleichterung verschaffen.

Weitere Lücken bestehen bei dem Menschenraube (Art. 274) und der Entführung (Art. 278). Diese Verbrechen werden theils als Eingriff in die persönliche Freiheit der geraubten oder entführten Person, theils als Verletzungen der rechtlichen Gewalt Dritter aufgefaßt, woraus sich ergiebt, daß wenn die beiderseitigen Interessenten einwilligten, dem Begriffe und der Strafe nach kein Menschenraub und keine Entführung vorliegt. Wenn aber

Eltern oder Vormünder ihre Kinder oder Pflegbefohlenen unter 16 Jahren mit deren (juridisch nur scheinbaren) Einwilligung an Seiltänzer, Gaukler, Landstreicher ꝛc. überlassen, so verdienen sie nicht minder als diese, wenn sie von einer solchen Erlaubniß Gebrauch machen, bestraft zu werden, wie es auch andere Legislationen anerkannt haben. Das Gleiche gilt von der Entführung, bei welcher noch die schon in der K. d. A. hervorgehobene weitere Lücke besteht, daß der Art. 278 auf Entführung junger Frauen unter 16 Jahren mit ihrer Einwilligung gar keine Rücksicht nimmt, indem der Art. 279 auf der rechtlichen Voraussetzung beruht, jede württembergische Frau müsse älter als 16 J. seyn. Auch diese Lücken lassen keine Ausfüllung durch Analogie zu, und es wäre selbst eine Strafe wegen versuchter Unzucht oder Ehebruchs nicht möglich, weil die Entführung nur mit zu jenen Zwecken, mithin blos entfernter Versuch des Ehebruchs ꝛc. wäre, welcher nach Art. 63 straflos ist.

Eine weitere Lücke besteht hinsichtlich der Anstiftung und der Beihülfe zum Selbstmorde. Aus der Straflosigkeit des letzteren, er sey versucht oder vollendet, folgt nämlich für den Richter, daß auch derjenige, welcher (z. B. zur Förderung selbstnütziger Zwecke) einen Andern zum Selbstmorde anstiftete, oder ihm wissentlich Beistand dazu leistete, z. B. eine geladene Pistole oder Gift herlieh, nicht bestraft werden kann, weil Anstiftung und Beihülfe zu einer gesetzlich straflosen Handlung vom Standpunkte des Richters widersprechend wäre. Allein vom Standpunkte des Gesetzgebers sind (wenn er nur nicht Alles auf die „Rechtsverletzung" stellt) dringende Gründe vorhanden, solche Abscheulichkeiten mit Strafe zu bedrohen, zumal die Gränze zwischen einer solchen Beihülfe und der Tödtung eines Andern mit dessen Einwilligung (Art. 239) oft nicht ferne liegt. Ob man z. B. das Gift

dem Einwilligenden in den Mund gießt, oder ob man es ihm darreicht und die Schaale hält, damit er es bequemer verschlucke, beruht in der Sache auf einem nur geringen Unterschiede. Gleichwohl kann, wie auch in der K. d. A. anerkannt wurde, der Art. 239 nicht analog auf Beihülfe zum Selbstmorde angewendet werden; denn er hat zum Inhalte eine wirkliche Tödtung (Mord) durch einen Andern, erkennt aber die Einwilligung des Getödteten (Gemordeten) als einen, und zwar nach Umständen sehr bedeutenden Strafmilderungsgrund an; vgl. Comment. III. S. 59, 69. In dem Braunschw. Str. G. B. Art. 149 ist dagegen die Anstiftung und Beihülfe zum Selbstmorde mit besonderer Strafe bedroht.

Wie der Selbstmord, so ist auch die Selbstverstümmelung, ausgenommen (nach dem oben angeführten Recrutirungsgesetze ꝛc.) bei Militairpflichtigen, für straflos erklärt worden. Gleichwohl bleibt es anstößig, daß nach dem württ. Rechte ein Bettler, welcher sich zur Erregung des Mitleids des Publicums auf die empörendste Weise verstümmelte, viel milder beurtheilt werden soll, als derjenige, welcher sich zu dem gleichen Zweck nur ein Bein oder einen Arm unterbunden hat, überhaupt körperliche Gebrechlichkeiten fingirt. Letzterer wird nämlich nach Art. 198 des Str. G. B. criminell, und zwar als Staatsverbrecher, behandelt, jener dagegen unterliegt nur den Strafbestimmungen über polizeiliches Betteln, wo (Pol. Str. G. Art. 21) die Selbstverstümmelung nicht einmal als Erschwerungsgrund hervorgehoben ist, — wohl aber (man denke) das Complott. Dies kam zwar in der K. d. A. zur Sprache, fand aber keinen Anklang; vgl. Comment. Th. II. S. 1072, 1078, 1080. Man hielt sich eben daran, daß hier ja keine „Rechtsverletzung" vorliege, und an die Straflosigkeit des Selbstmordes. Allein diese Analogie, d. h. der Schluß von der Straflosigkeit des Selbst-

mordes auf die der Selbstverstümmelung, ist ganz verfehlt, weil die Gründe, welche bei jenem alle bürgerliche Strafe ausschließen, hier in keiner Weise zutreffen, und wenn z. B. ein Faulenzer sich verstümmelt, um sich von seiner Gemeinde alimentiren zu lassen, er vor dem Brod erst noch eine Strafe verdient. Können indeß solche Subjecte wegen Selbstverstümmelung nicht bestraft werden, so ist auch (wie oben) die Anstiftung und die Beihülfe dazu straflos, womit aber der Fall, daß z. B. ein Chirurg sich dazu hergiebt, dergleichen Operationen am gesunden Leibe zu Förderung rechtswidriger Zwecke vorzunehmen, nicht zu verwechseln ist. Denn, wie nach Art. 239 der von der Einwilligung Gebrauch Machende wegen Tödtung strafbar ist, so hier wegen Körperverletzung, weil beides Verbrechen sind, deren Begriff und Thatbestand nicht durch das Merkmal invito laeso bedingt ist; vgl. Comment. III. S. 371, und unten §. 5.

Schließlich mag noch ein weiterer Fall, welcher keinem der vorhandenen Strafgesetze unterliegt, zur Sprache kommen. Der Art. 33 des Poliz. Str. G. bedroht nämlich das heimliche Wegschaffen (Verscharren rc.) oder Wegschaffenlassen eines Leichnams mit polizeilicher Strafe. Verschieden hievon ist die Wegschaffung eines Leichnams aus Gräbern, welche nach Art. 391 des Str. G. B. als Verbrechen (sepulcri violatio) strafbar ist. Es läßt sich aber auch ein Mittelfall zwischen beiden Artikeln denken, daß nämlich Jemand, z. B. ein Arzt zu wissenschaftlichen Zwecken, oder ein Anderer aus Speculation (zum Zweck des Verkaufs), oder aus Rache, Aberglauben, religiösem Fanatismus rc. einen Leichnam vor dessen Beerdigung entwendet, d. h. der Familie oder seiner Gruft entzieht. Auf diesen Fall paßt weder der Art. 33 des Poliz. Str. G., welcher nur eine sanitätspolizeiliche Vorschrift enthält, noch der Art. 391 des Str. G. B., weil dieser eine stattgehabte Beerdigung

voraussetzt, noch ist hierauf der Begriff des Diebstahls (Art. 320), anwendbar. Zwar meinte die Commission der K. d. A. vom J. 1838, welche diesen Punkt bei Art. 33 des Pol. Str. G. zur Sprache brachte, daß hier keine Lücke bestehe, weil der Leichnam Eigenthum der Familie sey. Allein gegen diese unrichtige Ansicht Tittmann's und Anderer haben sich mit Recht schon die Motive zum Str. G. Entwurf S. 259 erklärt. Liegt aber auch kein Diebstahl vor, so wäre die Bestrafung eines solchen Verbrechens nach Art. 1 des Str. G. rechtlich nicht möglich.

Auf diese Weise ließen sich der wirklich vorhandenen, daher legislativ auszufüllenden Lücken noch mehrere nachweisen; es genügt aber für den vorliegenden Zweck an diesen, vielleicht schon zu reichhaltigen Beispielen. Sehr contrastirt dagegen die scrupulose Aengstlichkeit, womit das Str. G. B., ja zu dessen Ergänzung gar noch das Polizei-Str. G., alle auch nur entfernt an das Politische anstreifenden Vergehen behandelt, man möchte sagen, mehr als erschöpft hat, so daß man mit dem Psalmisten ausrufen kann: „Herr, bewahre unsern Mund, und behüte unsere Lippen." Sollen diese gar noch durch Analogie erweitert werden dürfen? So z. B. bedrohen die Artt. 169. Abs. 2 u. 176. Abs. 2 die erfolglose öffentliche Anstiftung — man denke — zu einer Verabredung zum gemeinsamen (polizeilichen) Ungehorsam, beziehungsweise zum Aufruhr. Nach Hufnagel soll dies analog auch auf Widersetzung und Unbotmäßigkeit anzuwenden seyn, und zwar vermöge des Schlusses a minori (Art. 169) ad majus. Allein darf denn durch Analogie die Zahl der — und nun gar exceptionell — strafbaren Handlungen willkürlich vermehrt werden? Vgl. Comment. II. S. 524 fg. Eben so wenig darf die Analogie des Art. 289 zur Creirung des Vergehens einer culposen Verleumdung der Staats-Regierung (Art. 167) benutzt werden (§. 3 a. E.) u. s. w.

§. 3.

II. Die Analogie in Beziehung auf den Thatbestand. Das Str. G. B. hat zwar regelmäßig einen, und zwar erschöpfenden Begriff und Thatbestand der einzelnen Verbrechen aufgestellt; allein es bestehen auch Ausnahmen hievon. In einigen Fällen, z. B. beim Hochverrath, hielt man es mit dem Baierschen Str. G. B. für bedenklich, eine, in ihrer Anwendung auf einzelne Fälle leicht zu weit führende, allgemeine Begriffsbestimmung zu geben, und begnügte sich daher mit der Aufstellung gewisser Kategorieen (Str. G. B. Art. 140), was der Entwurf auch bei dem Landesverrath beabsichtigte; allein dieser wurde durch Beschluß der K. so sehr erweitert (Art. 145 Ziff. 8), daß statt seiner jetzigen casuistischen Fassung eine allgemeine Begriffsbestimmung besser am Orte wäre; vgl. Comment. III. S. 66, 220. Ziff. III. In andern Fällen dagegen glaubte man, daß mit Hülfe der Analogie die Doctrin und Praxis schon das Rechte finden werde, obgleich nicht einzusehen ist, weshalb der Gesetzgeber nicht lieber erschöpfende Begriffsbestimmungen giebt, wo solche gegeben werden können. In dieser Richtung mögen folgende Beispiele hervorgehoben werden.

So z. B. stellt das Str. G. B. im Art. 260 keine Begriffsbestimmung von der vorsätzlichen Körperverletzung oder Gesundheitsbeschädigung auf, obwohl dieselbe zur Abgränzuug dieses Verbrechens theils von dem beendigten Versuche (conatus perfectus) der Tödtung, wo der zu Tödtende am Leben blieb, aber mehr oder minder verletzt wurde, theils von den Realinjurien, von der Röthigung (crimen vis) und andern Verbrechen nicht entbehrt werden kann; vgl. Comment. III. S. 370 fg. Man ist daher genöthigt, sich (negativ) im Hinblick auf den gesetzlich bestimmten Thatbestand der Tödtung und dessen beendigten

Versuchs, der Realinjurie, der Röthigung ꝛc., und (positiv) an der Hand des dem Gesetzgeber unzweifelhaft vorschwebenden gemeinen Sprachgebrauchs, den allgemeinen Begriff und die allgemeinen und besonderen (specifischen) Merkmale dieses Verbrechens selbst zu bilden. Zu diesen gehört, wie bei der Tödtung (im Gegensatze von der Abtreibung der Leibesfrucht, Art. 253, 355. Ziff. 4: „auf die Anwendung"), daß zwischen der verletzenden Handlung und dem eingetretenen Erfolge, nach welchem die verschiedenen Strafrahmen (Artt. 360 — 69) abgestuft sind, ein Causalzusammenhang bestehe, und dieser rechtlich erwiesen sey. Dies drückt auch der Art. 260. Abs. 1 in den Worten: „durch die Handlung", der Art. 261: „durch die Körperverletzung" (d. h. die verletzende Handlung), und der Art. 269: „und hiedurch", aus. Allein bekanntlich ist bei der Tödtung bestritten, wie der Grundsatz des Causalzusammenhanges auf einzelne Fragen und Fälle anzuwenden sey, was denn auch von Körperverletzungen gilt. Deshalb enthält z. B. das Hannov. Str. G. B. die Bestimmung, daß es bei Körperverletzungen, wie bei Tödtungen, nicht darauf ankomme, ob die verletzende Handlung absolute oder non absolute, in abstracto oder nur in concreto den entstandenen Erfolg hervorgebracht habe. Dies drückt zwar weder der Art. 260, noch ein anderer Artikel unseres Str. G. B. über Körperverletzungen aus; allein zur Ausfüllung dieser Lücke tritt, wie schon in den K. Verhandl. zu Art. 1 bemerkt wurde, analog der Art. 235 Abs. 1 — 2 von Tödtungen ein (Wächter a. a. O. S. 555), was daher auch für die unter dem Art. 260, (263, 266) begriffenen Fälle schwerer Körperverletzungen aus *culpa dolo determinata*, (d. h. wo der Thäter nur eine geringere Verletzung beabsichtigte, aus dieser aber ohne seine Absicht, jedoch auf eine ihm zur culpa zurechenbare Weise, ein schwererer Erfolg hervorging,) von Wichtigkeit

ist. Wenn diesemnach z. B. eine an sich nicht schwere Verletzung durch fehlerhafte Behandlung des Arztes oder durch eigne Unvorsichtigkeit des Verletzten zu einer unheilbaren Krankheit, oder zum Verluste des Gesichts, des Gehörs rc. führte, so fehlt es zur Anwendung der Strafrahmen des Art. 260. Ziff. 1 u. 2 (oder 263. Ziff. 1) an der Voraussetzung des Art. 235. Abs. 2, daß nämlich dieser schwere Erfolg „aus der (beabsichtigten geringeren) Verletzung entstanden, und durch sie in Wirksamkeit gesetzt sey", wogegen es auf der andern Seite dem Thäter nicht zu Gute kommt, daß die gleiche Verletzung in andern Fällen jenen schweren Erfolg nicht hatte, oder daß dieser durch zeitliche ärztliche Hülfe hätte abgewendet werden können, oder daß er nur in Folge der individuellen körperlichen Beschaffenheit des Verletzten eintrat rc. Dies läßt sich zwar wohl rechtfertigen, wenn der schwere Erfolg von dem Thäter beabsichtigt war, nicht aber auch bei bloßer culpa dolo determinata. Unterscheidet das Gesetz bei Tödtungen zwischen vorsätzlichen (Mord, Todtschlag) und Tödtung aus culpa d. d. (Art. 237 — 247), und bedroht dieselben mit verschiedener Strafe, so muß es auch bei Körperverletzungen diese Unterscheidung anerkennen; vgl. Comment. III. S. 375 fg.

Ein zweites Beispiel bietet der Art. 310 dar. Dieser läßt nämlich unbestimmt, was zur Consummation der flagitia contra naturam gehöre. Es kann aber keinem Bedenken unterliegen, daß diese Lücke des Thatbestandes nach Analogie des Art. 320 von Nothzucht, Verführung zur Unzucht, Ehebruch und anderer Unzuchtsverbrechen auszufüllen ist.

Eben so wenig bestimmt der Art. 305 den Begriff des Ehebruchs, obgleich dieser nicht außer Streit ist. Man wird indeß nach Analogie des Art. 304 von der Doppelehe, welche in Ansehung des Objects „eine noch fortdauernde

gültige Ehe" voraussetzt, auch zum objectiven Thatbestande des Ehebruchs eine gültige Ehe erfordern, und dieser Analogie steht auch nicht entgegen, daß nach Art. 307 die Bigamie schon durch die Eingehung der neuen Ehe consummirt ist, während zur Consummation des Ehebruchs, als eines Unzuchtsverbrechens, mehr gehört. Denn zur Verletzung der Ehe, worin beide Verbrechen zusammentreffen, bedarf es dort nicht, was hier nothwendig dazu erfordert wird.

Eine weitere Lücke hinsichtlich des strafbaren Subjects (der Person des Thäters) enthält der Art. 459 vom Medicastriren, indem er nur von Wundärzten, Hebammen und Apothekern spricht, also mit Auslassung der (inneren) Aerzte, welche zur chirurgischen Praxis nicht legitimirt, sich diese zum Nachtheil des Patienten anmaßen. Diese Lücke hat schon der ergänzend sich anschließende Art. 39 des Pol. Str. G. für polizeilich strafbare Fälle dieser Art ausgefüllt, indem er ausdrücklich von „Aerzten und Wundärzten" spricht. Es muß aber schon nach den Worten des Art. 459: „gegen die gesundheitspolizeilichen Vorschriften" auch bei gerichtlich strafbaren Fällen das Gleiche gelten, weil derselbe Grund bei Aerzten zutrifft, mithin an der Anwendbarkeit der Analogie zur Ausfüllung des subjectiven Thatbestandes hier nicht gezweifelt werden kann; vgl. Comment. III. S. 253 Anm.

Ferner enthält der Art. 436 von Befreiung der Gefangenen, als Amtsverbrechen, eine Lücke hinsichtlich der Handlungen, durch welche, oder der Art und Weise, wie dieses Verbrechen begangen werden kann, zu deren Ausfüllung aber die Analogie des Art. 180, von Befreiung der Gefangenen durch Andere (Privatpersonen), zu benutzen ist. Dieser letztere Artikel begreift nämlich ohne Unterschied jede Art der Befreiung, also z. B. auch den Fall, daß der Befreiete in seiner Wohnung verhaftet war, oder

daß er auf dem Transporte sich befand &c., indem es ganz allgemein heißt: „aus der Gewalt der Obrigkeit befreiet.“ An diese Fälle hat der weit enger gefaßte Art. 436, welcher nur von „Strafanstalt oder Gefängnissen“ spricht, nicht gedacht; allein die Analogie des Art. 180 als Staatsverbrechen auf Art. 436 als Amtsverbrechen liegt hier ganz nahe; vgl. Comment. II. S. 807.

Eben so bietet der Art. 426 von der Amtserschleichung hinsichtlich des angewendeten Mittels eine Lücke dar, die aber gleichfalls durch Analogie des Art. 195 auszufüllen ist. Die Artt. 160 und 195 handeln nämlich gemeinschaftlich von Wahlen zu öffentlichen Stellen, welche durch Bestechung, Gewalt oder Drohungen bewirkt worden sind, während der Art. 426 nur bestimmt, daß derjenige, welcher durch „Bestechung oder Betrug“ die öffentliche Wahlstelle erlangt habe, jedenfalls zur Strafe des Dienstes entlassen werden solle. Diese Strafe muß aber auch da eintreten, wo die Stelle „durch Gewalt und Drohungen“ (Art. 195) erlangt wurde; vgl. Comment. II. S. 1049.

Diese Beispiele von analoger Anwendung zur Ergänzung des Thatbestandes, sey es hinsichtlich der Anwendung des Grundsatzes des Causalzusammenhanges (erstes Beispiel), oder der Consummation (zweites), oder des Objects (drittes), oder des strafbaren Subjects (viertes), oder der Handlungen (fünftes), oder des angewendeten Mittels (sechstes Beispiel), reichen zum Verständniß der Sache hin, und Niemand wird hier im Ernste behaupten, daß es sich bei diesen Analogieen von unzulässiger Erweiterung des Umfangs des Strafgebiets, d. h. der Zahl der strafbaren Handlungen (§. 2) handle, indem die strafbare Handlung gesetzlich bestimmt, aber deren Thatbestand in der einen oder andern Hinsicht unbestimmt gelassen oder unvollständig geblieben ist. Eben so wenig han-

delt es sich hier aber auch von einer blos extensiven Auslegung (§. 1).

Wenn dagegen zum subjectiven Thatbestande einer gewissen Handlung entweder *dolus* oder *culpa* gehört, und das Gesetz in einem ähnlichen Falle nur den dolus, und nicht auch die culpa mit Strafe bedroht, so ist eine analoge Anwendung jener Bestimmung auf diese schlechthin unzulässig. Denn hier handelt es sich nicht, wie oben, von Einem Verbrechen, sondern von zweien, die daher auch das Gesetz formell von einander absondert, d. h. in getrennten Artikeln (den einen für dolus, den zweiten für culpa) mit Strafe bedroht; und aus Einem Verbrechen mittelst Analogie zwei machen, hieße den Umfang des Strafgebiets erweitern (§. 2). Dazu kommt noch, daß nach Art. 58 und 138 die culpa immer nur in den „ausdrücklich" durch das Gesetz bestimmten Fällen von dem Richter bestraft werden darf, mithin das Princip nulla poena sine lege hier zweimal eingeschärft ist. Unter diesen Umständen kann z. B. der Art. 289 von strafbarer culposer Privatverleumdung (ein schlimmer Zusatz der Kammern) schlechthin nicht analog auf den Art. 167 von Beleidigung der Ehre der Staatsregierung durch öffentlich verbreitete Verleumdungen angewendet werden, und es fragt sich selbst, ob, wenn die Kammern nach ihrer Beschlußfassung zu Art. 389 in dieser Richtung auf den Art. 167 zurückgekommen wären, sie auch in diesem Artikel die culpa aufgenommen haben würden; vgl. Comment. II. S. 492. Anders verhält es sich bei Art. 162 von Amtsehrenbeleidigungen, weil sich dieser in völlig unüberlegter Copirung des Baierschen Str. G. B. (welches die Injurien überhaupt nicht gerichtlich straft, und deshalb genöthigt war, bei öffentlichen Dienern eine Ausnahme zu machen, die freilich eine sehr unpassende Stellung erhalten hat) auf bloße Ehrenkränkungen, d. h. im Gegensatze von Verleumdungen

beschränkt, wodurch der Art. 389 auch auf öffentliche Diener anwendbar wird. Hiernach ist Verleumdung derselben in Beziehung auf ihre Amtsverrichtungen — dem Begriffe nach — ein Privatverbrechen, hingegen Ehrenkränkungen derselben — ein Staatsverbrechen, mit welchem unsere Gerichte seitdem bis zum Erschöpfen überladen sind; vgl. Comment. II. S. 1607.

Auf der andern Seite aber berufen sich unsere Gerichte mit Unrecht auf den Satz: nulla poena sine lege, wenn sie annehmen, daß Exceß der Nothwehr aus *culpa* straflos sey. Allerdings berücksichtigen die Artt. 244 (Tödtung) und 265 (Körperverletzung) nur Excesse aus Affect, und der Entwurf des Str. G. B. ging wirklich davon aus, daß hier ein Exceß immer nur im Affect, also mit Ausschluß des *dolus praemeditatus* und der culpa, gedacht werden könne. Dies wurde aber in den Kammern als unrichtig erkannt, und deshalb den betreffenden Artikeln eine andere Fassung gegeben, um damit auszudrücken, daß für Vorbedacht und Fahrlässigkeit die allgemeinen Bestimmungen von vorbedachter Tödtung (Mord) und Körperverletzung, beziehungsweise von fahrlässiger Tödtung und Körperverletzung in Anwendung kommen sollen. Denn Excesse der Nothwehr bilden so wenig ein selbstständiges Verbrechen, auf welches der Satz nulla p. s. lege Anwendung finden könnte, wie Excesse in der Ausübung des Züchtigungsrechts, wo der Art. 268, wie dort den Affect, so hier die *culpa* besonders hervorhebt, aber damit nicht aussprechen konnte und wollte, daß Excesse aus Prämeditation oder Affect straflos seyen. Vielmehr kommen die Artt. 244, 265 und 268 darin überein, daß sie (vgl. auch als Seitenstück den Art. 277) von den verschiedenen möglichen Fällen denjenigen gesetzlich hervorheben, welcher verhältnißmäßig besonders mild zu beurtheilen sey; vgl. Comment. III. S. 125 fg., 447, 485,

Hufnagel's Str. GB. 2c. S. 226, 249 (wo die entgegengesetzte Ansicht der Gerichte bei culposen Körperverletzungen — nicht auch der Tödtung? — aus Exceß der Nothwehr angegeben ist), und Breidenbach's Commentar Th. I. Abth. 1. S. 628 fgg. Abth. 2. S. 126.

§. 4.

III. Die Analogie in Beziehung auf Straflosigkeit. Die Kammern gingen mit der Staatsregierung davon aus, daß mit Ausnahme der Erweiterung des Strafgebiets (§. 2) die Analogie in allen sonstigen Beziehungen zur Ausfüllung vorhandener Lücken des Str. G. B. dienen könne und solle. Sollten nun nicht auch Lücken darin bestehen können, daß das Str. G. B. es unterlassen oder übersehen hat, diese oder jene Handlung für straflos zu erklären? Dies wäre der gerade umgekehrte Fall von jenem Verbote, mithin jedenfalls unter diesem nicht begriffen. Und in der That sprechen alle Gründe für die Bejahung dieser Frage, selbst vom Standpunkte der bisherigen Doctrin und Praxis.

Um diese zur Unterstützung in zwei, und zwar sehr umfangreichen Fällen zu benutzen, heben wir an mit den Bestimmungen der Artt. 63 und 73, wie solche selbst sich in den meisten neueren Gesetzgebungen finden. Von diesen Artikeln bestimmt der erste, daß Vorbereitungshandluugen (conatus remotus) in der Regel, d. h. sofern nicht das G. B. bei einzelnen Verbrechen eine Ausnahme festsetzt, oder dieselben (wie vielfach bei den Staatsverbrechen) zu dem Range eines selbstständigen Vergehens — also mit Vollendung und Versuch! — erhoben hat, straflos seyn sollen; der zweite, daß freiwilliges Abstehen vom versuchten Verbrechen, sofern res integra vorliege, ebenfalls von aller Strafe befreien soll. Wie überhaupt, so hat das Gesetz auch hier nur den physischen (und zwar

dolosen) Urheber des Verbrechens (auctor physicus delicti) im Auge, indem über die Anstiftung (intellektuelle Urheberschaft), die Beihülfe und die Begünstigung besondere Strafnormen aufgestellt sind. Gleichwohl ist nicht zu bezweifeln, daß die Artt. 63 und 73 analog auch auf die Theilnehmer an dem Verbrechen anzuwenden sind, wie dies schon die gemeinrechtliche Doctrin und Praxis hinsichtlich des dem Art. 73 correspondirenden Art. 178 der P. G. O. („wider den Willen des Thäters") anerkannte.

Betrachten wir zuerst die Anstiftung. Diese erfordert ihrer Natur nach, oder wenn man von diesem Begriffe im natürlichen Sinne ausgeht, zur Consummation mehr nicht, als die (wirkliche) Bestimmung des Willens eines Andern zur Verübung eines gewissen Verbrechens. Eine weitere Thätigkeit des Anstifters kann nicht gedacht werden, weil, wenn er unmittelbaren Antheil an der Ausführung des von ihm angestifteten Verbrechens nimmt, er dann Anstifter und physischer Theilnehmer zugleich wird. Auf der andern Seite ist und bleibt aber die Anstiftung (die verbrecherische Bestimmung eines fremden Willens) vollendet, wenn auch der Angestiftete später den Entschluß wieder aufgegeben haben, oder an der Ausführung desselben wider seinen Willen gehindert seyn sollte. In jenem Falle ist zwar der Angestiftete wegen seines verbrecherischen Entschlusses, als blos innerer Handlung, nicht strafbar, wohl aber der Anstifter, weil er durch äußere Handlungen für die Verübung eines Verbrechens, und zwar so weit thätig war, als er es seyn konnte, und ihm die Reue des Angestifteten, als einer dritten Person (als fremde Reue), sey es vor der That, oder nach dem Beginne derselben (Art. 73), eben so wenig zu Gute kommen kann. Soll daher Reue in seiner Person ihn von der Strafe befreien, so müßte er von seiner Seite die Verübung des angestifteten Verbre-

chens vollständig verhindern; aber auch damit käme er zu spät, weil die ihm zur Last fallende Anstiftung schon durch die verbrecherische Bestimmung des freien Willens consummirt war, thätige Reue nach vollendetem Verbrechen aber nicht mehr von der Strafe befreien, sondern diese nur mildern kann.

So müßte man argumentiren, wenn das Gesetz die Anstiftung an und für sich, d. h. ohne weitere Beziehung auf die nachmalige (innere oder äußere) Handlungsweise des Angestifteten aufgefaßt hätte; sie würde dann ein selbstständiges Verbrechen bilden, welches nur nach seinen eigenen, inneren und äußeren, Momenten, unabhängig von der Thätigkeit dritter Personen (hier des Angestifteten), zu beurtheilen wäre. Dies ist aber nicht die Auffassungsweise der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis und der neueren Legislationen. Diese stellen nämlich für die Bestrafung des Anstiftens den Grundsatz auf: der Anstifter ist im Allgemeinen gleich strafbar mit dem von ihm angestifteten physischen Urheber des vollendeten oder versuchten Verbrechens. Dies heißt mit andern Worten, es wird ihm die größere Thätigkeit desselben (das vollendete Verbrechen) imputirt, weil er sie so gewollt hat, aber es kommt ihm auch umgekehrt die geringere Thätigkeit desselben (das versuchte Verbrechen) zu Gute, ungeachtet er eine größere gewollt hat. Damit ist die obige Basis völlig verlassen, und es kommt daher nur darauf an, dieselbe in ihrer weiteren Consequenz zu verfolgen. Eine willkürliche Vermischung beider Standpunkte, wie öfter geschieht, würde zu inneren Widersprüchen führen.

Hiernach ergeben sich folgende Sätze: Ist das angestiftete Verbrechen vollendet, so trifft den Anstifter (wegen vollendeter Anstiftung) die Strafe des vollendeten Verbrechens; ist es nur versucht, so trifft ihn (wegen versuchter Anstiftung) je nach den Umständen die Strafe entweder des

beendigten (conatus perfectus), oder nicht beendigten Versuchs (conatus proximus), oder der Vorbereitungshandlung, so weit letztere ausnahmsweise an dem Thäter gestraft wird. Eine weitere Strafbarkeit desselben kennt das Str. G. B. nicht. Mithin fällt nach dem Grundsatze nulla p. s. lege die Strafe weg: 1) wenn die Thätigkeit des Angestifteten nicht weiter als bis zur straflosen Vorbereitungshandlung gediehen war (Art. 63); 2) wenn derselbe re integra freiwillig von dem versuchten Verbrechen abstand; 3) wenn der Anstifter zwar von seiner Seite alles Mögliche gethan hatte, um den Willen des Andern zur Begehung eines Verbrechens zu bestimmen, aber seinen Zweck nicht erreichte, was vom obigen Standpunkte eine vereitelte Anstiftung (conatus perfectus der Anstiftung), hingegen vom gesetzlichen Standpunkte nur Vorbereitungshandlung zur Anstiftung, mithin nach Analogie des Art. 63 straflos ist; folglich auch 4) wenn der Anstifter den Anzustiftenden schon für sich für die Begehung des fraglichen Verbrechens bestimmt fand, mit andern Worten: wenn er ihn anstiften wollte, aber nicht konnte; eine vereitelte Anstiftung, für welche er, wie bei der Vereitelung der Ziff. 3, und aus denselben Gründen, nicht bestraft werden kann. Zwar nehmen Einige, wie z. B. Grolman und Abegg, hier wenigstens intellektuelle Beihülfe, Andere, z. B. Bauer und Wächter, strafbaren Conat der Anstiftung an, und auch Köstlin will auf diesen Fall analog die Strafbestimmung des Art. 72 (von objectiv unschädlichen Handlungen) angewendet wissen. Allein ersteres kann mit Feuerbach §. 50 nur zugegeben werden, wenn er den ohne es zu wissen schon zur That Entschlossenen mit Rath unterstützte, ohne daß es dann aber darauf ankommt, ob er von Anfang an als Rathgeber, Mandant, Befehlender ꝛc. auftrat, wenn er nur nach Entdeckung seines Irrthums den Willen des Thäters durch

Rathertheilung bestärkte. Dann, aber auch nur dann, ist er als intellektueller Gehülfe strafbar. Sonst liegt mißlungene oder vereitelte Anstiftung vor, für welche, weil das Gesetz die Anstiftung nicht an und für sich, sondern nur in Beziehung auf wirkliche Verübung, und zwar des angestifteten Verbrechens (was hier nicht vorliegt, wenn auch jener die selbst beschlossene That ausführte), mit Strafe bedroht, gesetzlich keine Strafe eintreten kann. Eine analoge Anwendung des Art. 72, welcher bei objectiv unschädlichen Handlungen des physischen Urhebers den beendigten Versuch (das vereitelte Verbrechen) mit der Strafe des nicht beendigten bedroht, ist aus dem doppelten Grunde unzulässig, weil der Umfang des Strafgebiets nicht durch Analogie erweitert werden darf (§. 2), und zum beendigten Versuch der Anstiftung nach dem Obigen weit mehr, nämlich ein beendigter Versuch des angestifteten Verbrechens vorausgesetzt wird, weshalb hier nur eine Vorbereitungshandlung vorliegt, die theils nach der Fassung des Art. 74. Abs. 1, theils nach Analogie des Art. 63 an dem Anstifter nicht bestraft werden kann.

Eben so wenig ist der (wirkliche) Anstifter wegen Versuchs strafbar, wenn der Angestiftete re integra freiwillig von dem Versuche abstand (Ziff. 2). Zwar scheint ihm fremde thätige Reue nicht zu Gute kommen zu können; allein dieser Widerspruch verschwindet, wenn man die verschiedenen Gesichtspunkte der Auffassung unterscheidet, und namentlich erwägt, daß es dem Anstifter ja auch gesetzlich zu Gute kommt, wenn der Angestiftete wider seinen Willen an der Vollendung des Verbrechens gehindert wurde, indem ihn dann, sammt dem Thäter, nur die mildere Strafe des Versuchs ohne eigenes Verdienst trifft. Auch liegt in jenem Falle in der Wirklichkeit eine nur scheinbar gelungene, also wiederum mißlungene Anstiftung vor, die daher eben so wie die Fälle der Ziff. 3 und 4 beurtheilt wer-

den muß. Entgegen steht endlich nicht der Art. 77, welcher thätige Reue des Anstifters selbst zu dessen Straflosigkeit erfordert, weil dieser Artikel die *wirkliche Verübung* des angestifteten Verbrechens voraussetzt, während hier keine Verübung vorliegt, es mithin im Sinne des Gesetzes (Art. 74. Abs. 1) an dem nöthigen Objecte fehlt. Auch die württembergischen Gerichte sind in Uebereinstimmung mit der französischen Praxis bisher von der Thesis ausgegangen, daß wenn gegen den physischen Urheber keine strafbare Handlung vorliege, auch die Anstifter, Gehülfen, Begünstiger und Mitwisser straflos seyen, was aber, wie sich von selbst versteht, nur von an sich straflosen Handlungen gilt, nicht auch von an sich strafbaren, bei denen nur aus besonderen, in der Person des Urhebers gelegenen Gründen, z. B. Mangel an Zurechnungsfähigkeit, Nothstand ꝛc., in dem einzelnen Falle keine Strafe verhängt werden kann. Vgl. Comment. I. S. 542 fg. *Hufnagel*, Str. G. B. ꝛc. S. 72. Ziff. 5. S. 74.

Geht man ferner davon aus, daß die (gesetzlich nur für den Urheber berechnete) Eintheilung der Verbrechen in vollendete und versuchte, und die hierauf sich beziehenden Abstufungen der Strafe analog auch auf die *Beihülfe* und die *Begünstigung* anwendbar seyen, so müßten dann auch die Artt. 65 und 73 über Straflosigkeit der Vorbereitungshandlungen beziehungsweise des freiwillig und re integra aufgegebenen Versuchs eine analoge Anwendung auf dieselben finden. Zwar wird von Manchen bezweifelt, ob es eine versuchte Beihülfe gebe; allein es ist nicht wohl einzusehen, weshalb man nicht zwischen der vollendeten und der blos versuchten Beihülfe (dem bloßen Helfenwollen, an dessen Ausführung der Gehülfe wider seinen Willen gehindert wurde) unterscheiden sollte, zumal die äußere Thätigkeit des Gehülfen, als Hauptgehülfen bei der That, der des Urhebers sehr nahe kommen kann. Auch ging man in

der K. d. A. von der Voraussetzung aus, daß, obgleich das Str. G. B. die versuchte Beihülfe nicht mit Strafe bedrohe, sich die Strafbarkeit derselben von selbst verstehe (Comment. I. S. 492); und wenn dies der Fall ist, so müßte auch die versuchte Begünstigung bestraft werden, aber in beiden Fällen nur der Versuch (Art. 63), nicht auch die Vorbereitung dazu, und vorbehaltlich der Bestimmung des Art. 73. Zwar nimmt das Ober-Tribunal keinen strafbaren Versuch der Begünstigung an (Hufnagel, Str. G. B. ꝛc. S. 69. Ziff. 6); allein giebt man solchen bei der Beihülfe zu, so ist dies nicht inconsequent. Eine andere Frage ist aber, ob nicht die Annahme eines strafbaren Versuchs der Beihülfe dem Principe des Art. 1, d. h. dem Verbot der Erweiterung des Umfangs des Strafgebiets widerstreite (§. 2), und diese Frage muß bejaht werden. Denn die Strafbestimmungen über den Versuch beschränken sich auf den physischen Urheber, also mit Ausschluß der Gehülfen und der Begünstiger, und sowohl der Art. 84 als der Art. 89 setzen eine (wirkliche) „Beförderung" des fremden (vollendeten oder versuchten) Verbrechens voraus, so daß die Ansicht der K. d. A. auf einer offenbaren Verwechselung der ausdehnenden Auslegung mit der analogen Anwendung der Strafgesetze beruht. Hingegen das Baiersche Str. G. B. Art. 82 hat diese Lücke ausgefüllt. Will man gleichwohl den Versuch der Beihülfe (und der Begünstigung) strafen, so müssen, wie auch die Commission der K. d. A. (Comment. I. S. 605) bemerkte, jedenfalls analog die Artt. 63 und 73 auch auf sie angewendet werden.

Ein weiteres Beispiel bietet der Art. 102 von der Straflosigkeit der in Nothwehr zugefügten Verletzungen, indem dieselbe analog auch auf öffentliche Diener anzuwenden ist, welche bei einem rechtlich erlaubten Angriff auf Widerstand gegen ihre Person stoßen. Hier bedarf es darum der Analogie, weil das Merkmal:

„rechtswidriger (Angriff)" mehr nicht ausdrückt, als daß der angegriffenen Privatperson kein Nothwehrrecht dagegen zusteht, mithin eine Lücke des Gesetzes vorhanden ist; vgl. Comment. III. S. 126. Eben so sind Ziff. 1—3 des Art. 3 (was auch von dem Milderungsgrunde des Art. 5 gilt) analog auf Verbrechen von Württembergern oder Fremden von Württemberg aus verübt — wenigstens durchgängig — zu beziehen.

Ein weiteres Beispiel bietet der Art. 204 vom Duell. Dieser setzt in Betreff der Sekundanten und erbetenen Zeugen fest, daß dieselben straffrei zu belassen seyen, wenn sich ergebe, daß sie das Duell zu verhindern, oder während des Kampfes den schädlichen Erfolg desselben abzuwenden bemüht waren. Beide sind als Gehülfen des Duells, und zwar als Hauptgehülfen bei der That zu betrachten, würden daher nach der allgemeinen Vorschrift des Art. 75 mit derselben Strafe, wie die Duellanten selbst, zu belegen seyn; allein der Art. 204 setzt für sie eine viel mildere Strafe fest, weil sie nach der bestehenden Sitte um eines guten Zwecks willen zum Duell beigezogen werden, was von den gewöhnlichen Theilnehmern an fremden Verbrechen nicht gilt, welche vielmehr zur Förderung schlechter Zwecke von dem oder den Urhebern zugezogen zu werden pflegen. Offenbar paßt aber der Grund des Gesetzes („den schädlichen Erfolg abzuwenden") auch auf den zu einem Duell zugezogenen Arzt oder Wundarzt, als Gehülfen oder Hauptgehülfen bei der That, während für alle sonstige Gehülfen, z. B. diejenigen, welche wissentlich ihr Local zum Duell herliehen, die Duellanten mit Waffen versahen &c., unzweifelhaft die allgemeinen, mithin strengeren (freilich durch die sehr milden Strafen für die Duellanten sehr temperirten) Grundsätze von der Beihülfe eintreten, weil auf sie die besonderen Gründe nicht passen, welche den Art. 204 zur Milderung, unter Umständen zum Erlaß aller Strafe bestimmten. Somit ist

der Art. 204 auf alle diejenigen Gehülfen zu beziehen, deren Theilnahme am Duell auf der bestehenden Sitte beruht, und die möglichste Verhütung der schlimmen Folgen des Zweikampfs bezweckt, im Gegensatze aller sonstigen Gehülfen, bei welchen diese Voraussetzungen nicht zutreffen. Auch in der K. d. A. wurde die Straflosigkeit des zum Duell beigezogenen Arztes oder Wundarztes (Paukdoctors) (wie es scheint) nach Analogie des Schlußsatzes des Art. 204 anerkannt und ist in den meisten neueren Gesetzgebungen ausdrücklich ausgesprochen. Zwar liegt darüber keine beistimmende Aeußerung der in der K. d. A. anwesenden Regierungs-Commissäre, und keine Zustimmung der K. d. St. vor, weshalb Hufnagel Th. 1. S. 530 f., dessen Str. G. B. rc. S. 196 Ziff. 1. den zugezogenen Arzt den allgemeinen Grundsätzen von der Theilnahme unterwirft, so daß dessen Strafe nur im Gnadenwege aufgehoben werden könne. Allein einer solchen Zustimmung bedurfte es hier nicht, weil die Straflosigkeit auf der, als rechtlich zuerkannten Analogie beruht, die ja auch, wie schon die obigen Beispiele ergeben, in andern Verhältnissen zur Straflosigkeit führen kann; vgl. Comment. II. S. 1176.

Zur weiteren Unterstützung dieses Satzes mögen noch folgende Beispiele dienen. Erstlich: der Art. 230 sichert dem Meineidigen Straflosigkeit zu, wenn er vor dem Zeugen-Abschlusse der Verhandlung, d. h. vor der Anerkennung der vorgelesenen Aussagen durch seine Unterschrift, seine falsche Aussage zurücknimmt. Dies muß analog auch auf nicht beschworne Zeugenaussagen, überhaupt auf Lügen vor Zeugen von der Strafbehörde (Str. Pr. O. Art. 210), so wie des Angeschuldigten (Str. Pr. O. Art. 148) angewendet werden, die daher straflos sind, wenn sie in derselben Verhandlung noch zurückgenommen werden; vgl. Verhdl. der K. d. A. von 18$^{41}/_{43}$ 39. Sitz. S. 5, und Hufnagel, Str. G. B. rc. S. 507 (zu

Art. 227). Zweitens: der Art. 78 vom Complott, im Gegensatze des Art. 185 von der Bande, ist viel zu eng gefaßt, indem danach z. B. die Verbindung von (nur) zwei Personen zu mehreren, einzeln unbestimmten Verbrechen, oder von zwar drei Personen, aber zu andern Verbrechen als den in Art. 185 speciell bezeichneten, und noch andere Mittelfälle (Comment. II. S. 877 fg.), weder unter den Art. 78, noch 185 fallen. Da nun der Umfang der Bande, als eines durch und durch exceptionellen, willkürlich geschaffenen selbstständigen Verbrechens in keinem Falle erweitert werden darf, so bleibt nur übrig, jene vergessenen Mittelfälle vermöge der Analogie dem Art. 78 vom Complott zuzuweisen, was mit andern Worten heißt: den Begriff und Thatbestand desselben mit Hülfe der Analogie erweitern, was nach §. 3 auch rechtlich zulässig ist. Dann aber muß vermöge derselben Analogie auch der Art. 83, welcher den Theilnehmern am Complott, selbst dem Anstifter desselben, für die zeitige Anzeige des Complotts (im beschränkten Sinne des Art. 78) bei der Obrigkeit — Straflosigkeit zusichert, auch auf jene Mittelfälle angewendet werden, indem dieselben politischen Gründe hier, wie dort zutreffen. Oder glaubt man berechtigt zu seyn, die Analogie nur zum Nachtheil, nicht auch zum Vortheil eines Angeschuldigten anwenden zu dürfen? Ein solcher einseitiger Gebrauch der Analogie liegt wenigstens nicht in dem Begriffe derselben, welche vom Standpunkte des Art. 1 und den darüber gepflogenen Kammer-Verhandlungen und ausgesprochenen Voraussetzungen nur nicht zu einer Erweiterung der Zahl der strafbaren Handlungen führen darf, in allen übrigen Beziehungen dagegen — also zum Nachtheil, wie zum Vortheil des Angeschuldigten — zur Ausfüllung vorhandener Lücken des Str. G. B. zulässig ist.

(Beschluß im nächsten Hefte.)

V.

Ueber den gegenwärtigen Zustand des Gefängnißwesens in Europa und Nordamerika, über das Ergebniß der Erfahrungen und über die Forderungen, welche an den Gesetzgeber in Bezug auf die Strafanstalten gestellt werden können.

Von
Mittermaier.

Die Frage über die Gefängnißverbesserung hat seit unserer letzten Darstellung [1]) der Fortschritte des Gefängnißwesens eben so an Wichtigkeit gewonnen, als die Beantwortung derselben durch den vermehrten Reichthum von Materialien vielfach erleichtert worden ist, obgleich eben diese wachsende Masse für den ruhig und umfassend prüfenden Forscher die Schwierigkeiten der endlichen Entscheidung vermehrt. Je tiefer man forscht, desto weniger kann man das Gefühl der Behaglichkeit derjenigen theilen, welche die Akten der Verhandlungen in Bezug auf die Gefängnißeinrichtung für geschlossen ansehen und nicht selten mit vornehmem Mitleiden auf diejenigen blicken, welche im redlichen Streben nach Wahrheit noch Zweifel an den Vorzügen des absoluten Isolirungssystems zu äußern wagen. Man kann ein schmerzliches Gefühl nicht unterdrücken, wenn man in man-

1) S. dies Archiv 1843. Nr. XIV. XXIII. u. 1844. Nr. III.

chen Ländern, in welchen neue Strafgesetzbücher eingeführt wurden, noch immer den mangelhaften Zustand der Strafgefängnisse fortdauern und jene bunte Musterkarte von verschiedenen nur durch verschiedene Bezeichnungen getrennten Strafanstalten erhalten sieht, wenn man zugleich bemerkt, daß die Gesetzgeber von dem innigen Zusammenhange, welche das neue Gefängnißsystem mit dem Geiste der ganzen Strafgesetzgebung, mit der Dauer der gedrohten Strafen, mit dem System der entehrenden Strafen und der Classification der strafbaren Handlungen hat, keine Vorstellung haben. Einem großen Theile derjenigen, welche in den Ständeversammlungen an den Verhandlungen über Verbesserung der Gefängnisse Theil nehmen, schwebt kein klares Bild von dem Wesen des Pönitentiarsystems vor, ihre Abstimmungen gründen sich auf die Autorität eines bedeutenden Schriftstellers und auf die aus der Urquelle nicht geschöpften, sondern nur häufig aus beliebig gemachten Auszügen gekannten Zeugnisse über den Werth der Gefängnißeinrichtungen des Auslandes. Es möchte sehr bedenklich seyn, aus der großen Mehrheit der Stimmen, mit welchen ein Gesetz in einer Kammer angenommen wurde, das ein gewisses Gefängnißsystem einführte, ein Schluß abzuleiten, daß diese Uebereinstimmung ein Beweis der allgemeinen Anerkennung der Trefflichkeit des Systemes sey.

Prüft man was in neuester Zeit in Ansehung der Gefängnißverbesserung geleistet wurde, so halten wir es schon I. für einen wohlthätigen Fortschritt in der Gesetzgebungskunst, daß die Frage über die Classification der Freiheitsstrafen und der darauf bezüglichen Strafanstalten einer genaueren Untersuchung unterworfen wurde [2]. Die Nothwendigkeit einer solchen Prü-

---

2) Im J. 1841 hatte die Akademie der Wissenschaften in Paris eine Preisfrage gegeben: Sur les modifications, que l'adoption du système pénitentiaire necessiterait dans le

fung hat der Verfasser der vorliegenden Abhandlung schon früher nachzuweisen gesucht [3]). In neuester Zeit ist eine solche Forschung in einer Schrift über die Ehrenstrafen gemacht worden [4]). Die Classification der Freiheitsstrafen kann nach drei Grundrücksichten gemacht werden: 1) nach der Dauer der Strafe, 2) nach der Art der Behandlung der Sträflinge, 3) nach dem Zusammenhange der Strafe mit den Ehrenfolgen. Man kann nicht verkennen, daß die öffentliche Stimme mehr oder minder die Intension der Bestrafung nach der Anstalt bemißt, in welcher ein Sträfling die Strafe abgebüßt hat; bemerkt das Volk, daß Jemand wegen einer Uebertretung in einer Anstalt verwahrt wurde, von der man weiß, daß darin regelmäßig die schwersten Verbrecher gefangen gehalten werden, so gewöhnt es sich bald daran, Jeden, welcher in einer solchen Anstalt gefangen saß, für einen schweren Verbrecher zu halten, und der aus der Anstalt Tretende hat dann mit größeren Schwierigkeiten zu kämpfen, wenn er Unterstützung und Mittel eines ehrlichen Erwerbs finden will. Unter den mit kurz dauernden Strafen bedrohten Uebertretungen sind aber so viele, welche weniger aus verdorbenen Gesinnungen, häufiger nur aus Leichtsinn, Muthwillen verübt werden, so daß voraussichtlich eine sehr große Zahl von Uebertretern vorkommt, die mit ein Paar Tagen oder einigen Wochen Freiheitsstrafe bestraft werden, für die es aber eine große

---

Code pénal. — Der Bericht des Hn. Berenger (mit geistreichen Bemerkungen) über die eingekommenen Preisschriften findet sich in den Mémoires de l'academie des sciences Vol. IV. p. 573 bis 634.

3) In seiner Schrift: Die Strafgesetzgebung in ihrer Fortbildung Bd. II. S. 52. und in v. Rotteck's u. Welker's Staatslexikon XV. S. 209.

4) Ueber Ehrenstrafen und Ehrenfolgen der Verbrechen und Strafen. Rostock 1845. S. 109.

Härte und selbst Unklugheit von Seite des Staats [5]) seyn würde, wenn sie in der nämlichen Strafanstalt verwahrt werden sollten, in welcher die zu langdauernden Strafen Verurtheilten gefangen gehalten werden. Die Dauer der Strafzeit kann aber nicht allein über die Classification der Freiheitsstrafen entscheiden, so daß z. B. Jeder, der über 2 Jahre Strafe verurtheilt wird, in eine andere Strafanstalt gebracht, und der auf längere Zeit als 8 Jahre Verurtheilte wieder in einer andern Anstalt die Strafe abbüßen muß. Die lange Dauer der Strafzeit entscheidet nämlich nicht sicher über die innere Schwere der Verbrechen; es kann Jemand ein Verbrechen verüben, das zwar gerechterweise mit ein- oder zweijähriger Strafe bestraft wird, aber den Thäter als einen verdorbenen und der öffentlichen Achtung unwürdigen Menschen darstellt, während ein Anderer zwar eine langjährige Strafe erleidet, aber wegen eines Verbrechens, das ihn in der öffentlichen Meinung nicht herabwürdigt, weil die That mehr als die Folge vieler zusammentreffenden die Zurechnung sehr vermindernden Umstände erscheint. Will nun die Gesetzgebung blos nach der Dauer der Strafzeit die Strafanstalten qualificiren, so setzt sie sich der Gefahr großer Ungerechtigkeit aus, mit welcher sie Sträflinge von sehr verschiedener Art in einer Anstalt zusammenbringen muß. Wichtiger scheint die zweite Grundrücksicht: die Behandlung der Sträflinge. Sobald das Pönitentiarsystem eingeführt werden soll, muß die Gesetzgebung erkennen, daß die nach diesem Systeme nothwendigen auf Besserung der Sträflinge berechneten Mittel keine Anwendung auf solche Sträflinge finden können, welche nur eine kurze Zeit in einer Anstalt zubringen, wo daher eine erfolgreich fortgesetzte Beobachtung,

---

5) Insbesondere wegen der Erschwerung für den entlassenen Sträfling ein ehrliches Unterkommen zu finden.

moralische und religiöse Einwirkung auf den Sträfling, zweckmäßige Belehrung und Angewöhnung an nützliche Beschäftigung, an der Kürze der Zeit scheitern würde, welche der zu Bessernde in der Anstalt zubringt. Bei Gefangenen dieser Art kann eine dem Besserungssysteme widersprechende Behandlung nicht angewendet und die Disciplin vielmehr nur auf Repression durch intensiv empfindliche, jedoch nicht ungerechte oder den Unwillen der Gefangenen aufregende Strafübel mit Einrichtungen beschränkt werden, welche den Nachtheilen moralischer Ansteckung vorbeugen. Auf diese Art gelangt die Gesetzgebung nothwendig zu zwei Hauptklassen von Strafanstalten, und zwar einer Anstalt für die zu kürzeren (z. B. 1 Jahr) Strafen Verurtheilten, und einer Anstalt für diejenigen, welche auf längere Zeit verurtheilt sind. Eine wichtige Rücksicht für die Gesetzgebung tritt nur dadurch ein, daß in die Strafanstalt zur Verbüßung der kürzer dauernden Strafen viele Uebertreter kommen, welche zwar nur Verbrechen verüben, die solche kurze Strafen nach sich ziehen, aber durch ihre Individualität beweisen, daß sie bereits tief gesunken und auf der Bahn des Lasters fortgeschritten sind, während bei Andern [6]), die zwar die verbrecherische Laufbahn nur durch Verübung kleiner Verbrechen betreten, vorauszusehen ist, daß der Aufenthalt in der Strafanstalt für sie keinen bessernden Einfluß haben, vielmehr wegen des Zusammenlebens mit andern Verbrechern nachtheilig wirken wird. Betrachte man die Gesellschaft, welche in den meisten Gefängnissen als Sträflinge wegen Verübung sogenannt geringerer Vergehen (Polizeiübertretungen) zusammenleben, um sich zu überzeugen, daß der Minderverdorbene nothwendig die Beute der Verdorbenen werden muß und als ein der verbrecheri-

6) Z. B. bei Diebstählen, welche zwar dem Betrage nach gering sind, oder bei Versuchshandlungen.

schen Laufbahn für immer Geweihter die Anstalt verläßt, um bald wieder durch Verübung größerer Verbrechen sich zu legitimiren, und zu beweisen, wie schlecht der Aufenthalt in dem Gefängnisse auf ihn wirkte. Die Directoren aller Strafanstalten finden in der elenden Einrichtung der Gefängnisse für die kürzer dauernden Strafen [7]) einen Hauptgrund der Vermehrung der Verbrechen. So lange hier nicht geholfen wird, hat das ganze Gefängnißsystem keine Grundlage [8]). — Noch einflußreicher ist für die Classification der Freiheitsstrafen die Beziehung derselben zur bürgerlichen Ehre. Noch immer ist die Vorfrage: ob überhaupt entehrende Strafen beibehalten werden sollen, nicht genügend beantwortet [9]); eine entschieden feststehende Ansicht für die Nothwendigkeit der Aufhebung dieser Strafen scheint nicht behauptet werden zu können, obwohl wir überzeugt sind, daß die Ansicht siegen wird; soviel aber ist gewiß, daß wenigstens die neuen Gesetzgebungen die Nothwendigkeit anerkennen, die Zahl der Verbrechen, für welche die Entziehung der bürgerlichen Ehre eintreten soll, sehr zu vermindern und nicht nothwendig an eine Freiheitsstrafe blos deswegen, weil sie eine gewisse Zeit dauert, Ehrenfolgen zu knüpfen. Ist dies anerkannt, so muß auch in der Classification der Freiheitsstrafen strenge der Gegensatz ent-

---

7) Meine Schrift: Die Strafgesetzgebung ꝛc. II. S. 54.

8) Der Gegenstand wird in neuester Zeit um so bedeutender, je mehr aus den Strafgesetzbüchern die körperliche Züchtigung verschwindet, an deren Stelle kurze Gefängnißstrafen treten. Gute Bemerkungen über die Vortheile der Verbannung körperlicher Züchtigung als Strafe bei dem Militär, in der allgem. Militärzeitung (Darmstadt) 1844. Nr. 110—114.

9) Meine Schrift: Ueber die Strafgesetzgebung Th. I. S. 273. Der neueste Kritiker über den französischen Code pénal, Soliméne, de la réform du Code pénal français. Paris 1845. p. 29, spricht sich gegen die entehrenden Strafen ebenso wie Hoorebeke de la recidive dans ses rapports avec la reforme pénitentiaire pag. 206. aus.

ehrender und nicht entehrender Strafen schon in den Gebäuden durchgeführt werden, in welchen die Sträflinge die Strafe verbüßen; es würde eben so ungerecht als unregelmäßig seyn, wenn in der nämlichen Anstalt Verbrecher, welche man nach ihrer Entlassung als entehrt ansieht, mit denjenigen verwahrt würden, deren Strafe nicht entehrend seyn soll [10]). Selbst ein Vorbehalt der Ehre [11]) in dem Strafurtheil für jene Sträflinge, welche zwar in die für lange Strafzeiten bestimmte Strafanstalt zu verurtheilen sind, bei welchen aber die Richter erkennen, daß im einzelnen Falle die Entziehung bürgerlicher Ehre im Mißverhältnisse mit der Verschuldung des Thäters seyn würde, könnte nicht vertheidigt werden; da offenbar das Volk irregeführt würde, wenn es denjenigen, dem zwar die Ehre vorbehalten ist, aus einer Anstalt treten sehen würde, in welcher regelmäßig entehrte Verbrecher gefangen gehalten werden, weil nicht die Art der ausgesprochenen Beschränkung im Urtheil, sondern nur die Thatsache bekannt und berücksichtigt wird, in welcher Strafanstalt sich der Sträfling befand. Das Badische Strafgesetzbuch hat daher richtig das im Entwurfe aufgestellte System verlassen. — Nach diesen Rücksichten muß die Classification der Freiheitsstrafen und darauf bezüglichen Anstalten eine andere als die bisher übliche werden; da, wo man die entehrenden Strafen völlig aufgiebt, bedarf es nur zwei Arten Strafen (Gefängniß für alle kürzer dauernden, z. B. 1 Jahr, und Zuchthaus für die länger dauernden Strafen). Nur in der Anstalt der letzten Art würde das Pönitentiarsystem im vollen Umfange angewendet werden. Entschließt sich

---

10) Eine Widerlegung der Einwendungen, welche gegen diese Ansichten geltend gemacht werden können, findet sich in der Schrift: Ueber Ehrenstrafen S. 218 ff.

11) Diese Ansicht lag dem Badischen Entwurfe, und dem Thurgauischen Strafgesetzbuche zum Grunde.

dagegen der Gesetzgeber, die entehrenden Strafen beizubehalten, so bedarf es einer dreifachen Freiheitsstrafe, und zwar 1) für die Vollziehung der unter einem Jahre dauernden Strafen, bei denen nach den obigen Bemerkungen kein Pönitentiarsystem wenigstens nicht in vollem Umfange angewendet werden kann (Gefängniß); 2) Strafanstalt für länger dauernde und zwar entehrende Freiheitsstrafen; 3) einer Anstalt für länger dauernde, aber nicht entehrende Strafen [12]). Wir werden unten auf diese Vorschläge zurückkommen.

II. Eine wichtige Vorarbeit für eine zweckmäßige Gesetzgebung über Gefängnisse verdankt man neueren Forschungen in Bezug auf den Rückfall (recidive). Es unterliegt keinem Zweifel, daß das Verhältniß der Rückfälligen, welche in einem bestimmten Lande vorkommen, eines der sichersten Mittel ist, um den Grad der Wirksamkeit der Strafgesetzgebung und des Gefängnißsystems in dem Lande zu erkennen. Eine gründliche Erforschung der Lehre von dem Rückfalle mangelte bisher. In Frankreich hatte Bonneville [13]) zwar einige gute Bemerkungen über den Gegenstand vorgelegt, statistische Tabellen benutzt und Vorschläge gemacht; allein erst ein belgischer Schriftsteller, van Hoorebeke, hat das Verdienst, den Gegenstand mit ebensoviel Kenntniß des Details, sorfältiger Prüfung der Erfahrungen und in dem Zusammenhange mit der Gesetzgebungspolitik geprüft zu haben [14]). Ein Theil dieses Werkes, das wir als eine treffliche Arbeit im Fache der vergleichenden Gesetzgebung bezeichnen, ist der geschichtlichen Erörterung der Strafgesetzgebung, insbesondere der An-

---

12) Meine Schrift: Ueber die Ehrenstrafen S. 222.

13) Bonneville de la récidive. Paris 1841.

14) De la récidive dans ses rapports avec la réforme pénitentiaire (études de législation) comparée par Emil de Hoorebeke, Avocat. Gand 1846.

sichten der verschiedenen Gesetzgebungen über Rückfall und der Entwickelung der Lehre von dem Rückfall nach französischem Gesetzbuche und nach der jurisprudence gewidmet, und liefert am Schlusse des ersten Buchs die Ergebnisse der Tabellen über die Zahl der Rückfälligen in Frankreich, Belgien und England. Der zweite Theil behandelt den Gegenstand von dem allgemeineren Standpunkte aus, und zwar indem der Verfasser zuerst die Ursachen der Rückfälle aufsucht, und dabei den Zusammenhang mit der Gefängnißeinrichtung und mit dem mangelhaften Systeme der Strafgesetzgebung prüft. Die Zahl der Rückfälligen wächst (Zusammenstellungen in dem Werke p. 172 — 178.) mit jedem Jahre in Frankreich, vorzüglich in Bezug auf die Verbrechen gegen das Eigenthum [15]). Am stärksten ist diese Zahl bei denjenigen, welche aus den sogenannten maisons centrales (wo die entehrende Zuchthausstrafe abgebüßt wird) traten. Daß die Einrichtung derselben am ungenügendsten ist, ergiebt sich leicht aus dieser Thatsache. Aehnliches zeigt sich in Belgien (Hoorebeke p. 180.), wo von 1369 vor den Assisen Angeklagten 566 (also 30 von 100) rückfällig waren, und zwar daß davon 67 eine criminelle Verurtheilung, 261 eine correctionelle, und 238 mehr als einmalige Verurtheilung erlitten hatten. Vorzüglich hebt der Verf. die schaudervolle Zahl der Verbrechen hervor, deren Thäter in Belgien unbekannt bleiben (von 1836 bis 1839 betrug die Zahl derselben 2657, und von 1832 — 1835 3227). Der Verf. klagt (p. 193.) als eine Hauptursache der Vermehrung der Zahl der Rückfälle das mangelhafte Gefängnißsystem an; nur in der Einführung des Systems der absoluten Isolirung findet er das Mittel, die Zahl der Rückfälle zu vermindern, und führt (p. 379.) als

15) Im J. 1843 trafen auf 100 wegen Verbrechen gegen Personen Angeklagte nur 15, und auf 100 wegen Verbrechen gegen das Eigenthum Angeklagte 30 Rückfällige in Frankreich.

Beweis des günstigen Einflusses dieses Systems die Erfahrungen von Philadelphia an; darnach befanden sich unter den von 1839 — 1843 in der Besserungsanstalt von Philadelphia bewahrten 1778 Gefangenen 528 rückfällige, allein 347 von diesen waren zuvor wegen verübter Verbrechen in anderen Strafanstalten, wo sie gemeinschaftlich mit anderen Sträflingen zusammenlebten; 111 waren zuvor in solchen Anstalten, hatten aber in der Besserungsanstalt einige Zeit zugebracht; von den 1778 Verurtheilten waren nur 70 zuvor in dem Pönitentiarhause, so daß man das Verhältniß aufstellen kann, daß von den vorher in der Besserungsanstalt befindlichen nur 4 von 100, von den früher in den Gefängnissen mit gemeinschaftlichem Zusammenleben bewahrten 19 auf 100 rückfällig wurden. Der Verf. prüft nun (p. 203.) genauer die Fehler der Strafgesetzgebung, in sofern darin Ursachen der Vermehrung der Rückfälle liegen; er findet diese in der Beibehaltung der entehrenden Strafen, in der Art, wie die Gesetzgebung wegen Rückfalls oder des Zusammentreffens mehrerer Verbrechen die Strafe steigern läßt. Vorzüglich findet der Verf. p. 242. eine Hauptursache der Vermehrung der Rückfälle in dem Mangel der Energie der Strafjustiz, in der großen Menge von Verbrechen [16]), deren Thäter unentdeckt bleiben, und in dem Mißverhältnisse der Lossprechungen, wodurch die Aussicht auf Straflosigkeit und der Reiz zu neuen Verbrechen gesteigert wird [17]). Der Verf. zeigt noch, daß auf eine höchst mangelhafte Weise die früheren Verhältnisse der Angeklagten, insbesondere ob und unter

---

16) Was der Verf. p. 232 — 241. über die Art, wie das Pönitentiarsystem angewendet werden soll, vorschlägt, soll unten bei der Darstellung des belgischen Gesetzesentwurfs angeführt werden.

17) Der Verf. p. 249. in not. führt an, daß 1845 in einem einzigen Bezirke (Huy) 7 Tödtungen vorkamen, deren Thäter losgesprochen wurden.

welchen Umständen sie schon früher Verbrechen verübten, hergestellt werden [18]). In der dritten Abtheilung prüft der Verf. jene Einrichtungen, welche nothwendig zur Ergänzung einer zweckmäßigen Gesetzgebung über Rückfall gehören und die Aufmerksamkeit des Gesetzgebers verdienen; dahin gehört 1) die (sehr mangelhafte und selbst nachtheilig eingerichtete) Aufsicht über entlassene Sträflinge. 2) Die Einrichtung von colonies agricoles (wie z. B. in Mettray). 3) Die Deportation (welche der Verf. verwirft), die Errichtung von Gesellschaften (mit dem Zwecke, für entlassene Sträflinge zu sorgen). 4) Die Rehabilitation. 5) Anordnung von lieux de réfuge. Der Verf. hat den wichtigen Gegenstand, welchen er behandelt, wohl erwogen; wir werden bei unserer Darstellung auf dasjenige, was in einigen Ländern für Gefängnißwesen geschehen ist, insbesondere auch auf die Verhältnisse des Rückfalls [19]) geeignet Rücksicht nehmen.

III. Eine der wichtigsten Vorarbeiten für die zweckmäßigste Einrichtung der Gefängnisse würde die Untersuchung über das Wesen der Strafe, die wahre Bedeutung des Strafzwecks und insbesondere über den Charakter des Besserungsprincips seyn. Es ist nicht schwierig zu erkennen, daß eben so wenig diejenigen, welche sich mit Vorschlägen zur Verbesserung der Gefängnisse beschäftigen, mit den bezeichneten Gegenständen sich vertraut gemacht haben, als selbst viele Schriftsteller über das Strafrecht. So wenig der Arzt einen vernünftigen Heilplan machen kann, wenn er nicht die Natur der Krankheiten und der Heilmittel, welche

---

18) Die Vorschläge des Verfs. (p. 264.), wie dieser Zustand verbessert werden könnte, verdienen volle Beachtung.

19) Auf eine lehrreiche Abhandlung des Hn. Diez in den Jahrbüchern für Gefängnißkunde Bd. VII. S. 181. (über Rückfälle und deren Ursachen) werden wir unten zurückkommen.

er anwenden will, erkennt, eben so wenig darf der Gesetzgeber hoffen, die Freiheitsstrafe zweckmäßig einzurichten, wenn er sich nicht die Aufgabe seines Wirkens; die Natur der Strafe und die Merkmale der Mittel klar macht, deren er sich bedienen will. Für eine Entwickelung dieser Art, gebaut auf das Wesen der menschlichen, physischen und moralischen Natur, und begründet durch sorgfältig gesammelte und geprüfte Erfahrungen, ist wenig geleistet. Einen verdienstlichen Beitrag verdanken wir Abegg über die Bedeutung des Besserungsprincips und die praktische Geltendmachung desselben [20]). Gewiß muß man mit ihm einverstanden seyn, wenn er das Besserungsprincip in dem Sinne zurückweist, daß die Besserung des Schuldigen als das ausschließend zu erstrebende Ziel der Strafgesetzgebung vorschweben und dadurch die Strafe gerechtfertigt werden soll; es ist gewiß, daß bei dieser Auffassungsweise ebenso die Strafe als solche ihre Bedeutung verliert, und der Staat zu einem, allen Volksansichten widerstrebenden, gefährlichen, kostspieligen und in der Regel erfolglosen Besserungsversuche kommen würde. Ganz anders stellt sich die Sache, wenn man annimmt, daß die Strafe als nothwendige Folge des Verbrechens nur durch die Gerechtigkeit gerechtfertigt, jedoch der bürgerlichen (nicht einer absoluten) Gerechtigkeit entsprechend nur nach dem Maaße der Verschuldung angewendet, zwar nicht zur Erreichung eines bestimmten Zweckes (z. B. der Abschreckung), aber mit allen in ihr liegenden Momenten von dem Gesetzgeber benutzt werden muß. In der Strafe aber liegt als Hauptmerkmal auch das ihrer bessernden Wirkung [21]), indem sie den Bestraften zur ernsten

20) In diesem Archive 1845. S. 239—269.

21) So wie in einem Arzneimittel verschiedene Eigenschaften liegen, welche der weise Arzt nach der verschiedenen Individualität des Kranken, nach der verschiedenen Quantität, in welcher er das Mittel anwendet, nach gewissen Zusammensetzungen mit

Selbstprüfung, zum Nachdenken und zur Reue bringen, dem Gemüthe moralische Antriebe geben und eine heilsame Veränderung in ihm hervorbringen kann. Darin lag eben der Fehler so vieler Strafgesetzgebungen (auch die neuesten haben sich nicht ganz davon losgemacht), daß der Gesetzgeber zu sehr nur das physische Element in der Strafe würdigte, darnach dem Abschreckungsprincip huldigte, statt auf die moralische Natur des Menschen die Wirksamkeit der Strafe zu berechnen. Faßt man das Wirken des Staats in dem organischen Zusammenhange auf, so muß auch das Strafinstitut nach diesem Zusammenhange im Einklange mit den übrigen Ideen, welche die Menschheit im Staate außer der Idee der Gerechtigkeit realisirt, wirken; und die Einrichtung der Strafen in ihrer Anwendung auf die Weise, wie sie am besten beiträgt, auf den Bestraften bessernd zu wirken und zugleich ihn in den Stand zu setzen, nach verbüßter Strafe in der bürgerlichen Gesellschaft wieder am besten mit der nöthigen physischen, geistigen und moralischen Kraft ausgerüstet zu wirken, wird dann von selbst gerechtfertigt. Hiezu bedarf es eines großen (noch lange nicht genug betriebenen) Studiums der menschlichen Natur[22]), um zu erkennen, auf welche Neigungen, physische und moralische Anlagen die Strafe berechnet seyn muß, wovon die Entwickelung des Menschen abhängt und welche Hindernisse ihr entgegentreten. Wie belehrend ist auch hierüber die Erfahrung, welche zeigt, daß in manchen Ge-

anderen Stoffen benutzt; und so wie das Arzneimittel als solches seinen Werth behält, wenn auch alle seine Eigenschaften nicht in jedem Falle angewendet werden können, so ist es auch mit der Strafe, die gleichfalls verschiedene Eigenschaften in sich hält, von denen der weise Gesetzgeber zweckmäßig Gebrauch machen muß.

22) Viele treffliche Beiträge finden sich in Dean the philosophy of human life and introduction of the great elements of life, the power that acts. Boston 1839.

fängnissen eine beständige Insubordination, ein Geist des Widerstrebens und der Aufregung herrscht, und zwar nur, weil die Rohheit oder Grausamkeit der angewendeten Zuchtmittel (man denke an die Schläge!) oder die Gemeinheit und Grobheit der Gefängnißbeamten jene Reaction in den Gemüthern der Gefangenen hervorgerufen hat. Warum ist die Mehrzahl der Sträflinge, die aus gewissen Strafanstalten treten, physisch zur Arbeit verdorben, beständigen Krankheiten unterworfen, oder moralisch ohne alle Energie? Die Antwort ist leicht; die Erfahrung lehrt bald, daß in solchen Anstalten entweder in der physischen Behandlung oder in der nur zur geistigen und moralischen Abstumpfung der Gefangenen führenden Einrichtung der Gefängnisse der Grund der obigen Erscheinungen liegt. — In dieser Beziehung herrscht auch über die Frage: ob die Strafe ein Uebel oder eine Wohlthat seyn soll, eine große Unklarheit. Wie ganz anders fällt die Antwort aus, wenn man in der einseitigen Auffassung der Besserungstheorie den Satz so aufstellt: die Strafe ist nur gerechtfertigt, in sofern sie eine Wohlthat für den Bestraften ist, oder wenn man behauptet [23]), die Strafe muß eine durch die Gerechtigkeit gerechtfertigte Folge des Unrechts und zunächst für den Verbrecher als ein wegen des Verbrechens erlittenes Uebel, als Nachtheil und Entbehrung eines sonst ihm zustehenden Gutes wirken, aber sie kann und soll zugleich in ihrer Anwendung in sofern für den Bestraften eine Wohlthat seyn, als sie ihn zur Einsicht in das Unrecht zur moralischen Umgestaltung anregt und in jene Lage versetzt, in welcher er zu einem gesetzmäßigen Leben veranlaßt wird. Möchten unsere Schriftsteller ihre Kräfte mehr als bisher der Erforschung des Wesens der Strafe und aller Elemente widmen, von denen die Wirksamkeit der Strafe abhängt! Selbst in den neuesten Forschungen gründlicher Schriftstel-

---

23) Abegg im Archiv 1845. S. 258 — 266.

ler ist da, wo von dem Besserungsprincipe und vorzüglich von seiner Durchführung im Detail die Rede ist, manche Lücke und Mißverständniß bemerkbar [24]).

IV. Eine andere Vorarbeit, welche für unerläßlich erklärt werden muß, wenn die Verbesserung der Gefängnisse möglich werden soll, ist die sorgfältige Erforschung der Verbrechen und die hiezu nöthige Sammlung und Benutzung der statistischen Nachrichten. Nach der Erfahrung zeigt sich, daß in jedem Lande ein schauderhaftes, mit einer gewissen Regelmäßigkeit wiederkehrendes, criminalistisches Budget in der Art vorkommt, daß im Wesentlichen (mit unbedeutender Ab- und Zunahme) eine gewisse Zahl von Verbrechen verübt wird, und daß diese Zahl oft auffallend nach verschiedenen Bezirken in dem nämlichen Staate wechselt, daß gewisse Ereignisse, Einrichtungen in einem Staate einen sehr bemerkbaren Einfluß auf diese Zahl ausüben. Wie bedeutend wirkt z. B. die Aufhebung des Lotto in einem Lande; wie vielfach hat in Frankreich das System, nach welchem die Geschwornen durch den Ausspruch des Daseyns mildernder Umstände die Strafe ändern können; wie sehr hat in England die Aufhebung der Todesstrafe bei einigen Verbrechen, bei denen diese Strafart völlig unverhältnißmäßig war, eine Verminderung der Verbrechen erzeugt! Es ist mit der Bekanntmachung criminalistischer Tabellen noch nicht gethan; es bedürfte vielmehr eigener und zwar auf die Zustände in einzelnen Bezirken gerichteter Nachforschungen über die Ursachen der Verbrechen. Wir freuen uns, auf eine nächstens erscheinende wichtige Arbeit dieser Art aufmerksam machen zu können. Nach einem an

24) Z. B. in Hepp Darstellung und Beurtheilung der deutschen Strafrechtssysteme Th. III. S. 595 – 658. Köstlin neue Revision der Grundbegriffe des Criminalrechts S. 626 u. 818.

dem belgischen Minister erstatteten Berichte [25]) beschäftigt sich seit längerer Zeit die belgische statistische Centralcommission mit der Erforschung der lokalen Ursachen, welche die Verübung der Verbrechen begünstigen. Die Provinzialcommissionen waren mit dieser Arbeit beauftragt; einzelne Provinzen haben bereits Berichte geliefert, und bald wird als Ergebniß dieser Materialien eine vollständige Arbeit uns vorliegen. Man darf eine um so zuverlässigere Forschung erwarten, je mehr Männer, die bei ihren statistischen Forschungen einen feinen philosophischen Geist mit großer Gewissenhaftigkeit verbinden, die Arbeit leiten werden. Man muß es beklagen, daß die Prüfung solcher statistischer Nachrichten häufig nicht mit jener Umsicht geschieht, mit welcher die Wahrscheinlichkeitsberechnung in ihrer Anwendung auf moralische und politische Wissenschaften besorgt werden muß. Ein treffliches Werk des geistreichen Quetelet in Brüssel [26]) hat in dieser Beziehung eben so die Vorsichtsmaßregeln, welche der Forscher anzuwenden hat, als die Grundsätze, die ihn leiten müssen, entwickelt. Wir machen unsere Leser noch auf eine bedeutende Arbeit eines kenntnißreichen österreichischen Praktikers aufmerksam, welcher in einem in großes Detail eingehenden Aufsatze [27]) über die Mittel zur Verminderung der Zahl der Verbrechen im Zusammenhange mit dem Gefängnißsysteme sich erklärt. Der

---

25) Rapport au Ministre de l'intérieur sur les travaux de la commission centrale et des commissions provinciales de statistique. Bruxelles 1846. Ueber den Geist, in welchem die Arbeiten geliefert werden sollen, s. Bulletin de la commission centrale de statistique, 2. Th. Bd. II. p. 45.

26) Lettres à E. A. le Duc regnant de Saxe-Cobourg sur la théorie des probabilités appliquée aux sciences morales et politiques par Quetelet. Bruxelles 1846. — s. dort p. 335. von der Anwendung auf Criminalstatistik.

27) Abgedruckt in der Zeitschrift für österreich. Rechtsgelehrsamkeit u. politische Gesetzkunde von Kudler und v. Stubenrauch 1845. S. 164 u. 265.

Verf. prüft als die Hauptursachen der Verbrechen die vernachlässigte Erziehung, den schlechten Zustand des Dienstbotenwesens, die Unmäßigkeit im Genusse geistiger Getränke, Mangel an gehörigen Armenanstalten, die Gleichgültigkeit gegen Hausirer und Vaganten, Mangel gut eingerichteter Zwangsarbeitshäuser; er hebt den mangelhaften (vorzüglich wegen fehlender Absonderung der Angeschuldigten) Zustand der Untersuchungsgefängnisse hervor und handelt zuletzt umständlich von der zweckmäßigsten Art der Einrichtung von Strafanstalten [28]). Welche Materialien würde der Gesetzgeber für die Verbesserung der Gefängnisse erhalten, wenn von jedem Lande gewissenhaft gesammelte Nachrichten nach den oben bemerkten Rubriken über die Ursachen der Verbrechen vorliegen würden!

Wir wenden uns nun zur Darstellung desjenigen, was in jedem Lande von Europa in Bezug auf Gefängnißverbesserung geleistet wurde und welche Ergebnisse in Ansehung der Criminalstatistik, Zahl der Gefangenen, Erfolg gewisser Einrichtungen nachgewiesen sind. Wir richten aber den Blick zuerst auf Nordamerika, da in diesem Lande am längsten das Pönitentiarsystem besteht; wir knüpfen dabei an die in unserer letzten Darstellung [29]) gegebenen Nachrichten an. Nach dem 15ten Berichte über die Besserungsanstalt in Philadelphia [30]) wurden 1843 156 in die Anstalt aufgenommen; 102 traten aus, weil die Strafzeit vorüber war, 15 waren begnadigt, 11 starben. Im Ganzen waren in der Anstalt 1843 359. Von 1778, die seit 1829 in den Gefängnissen sich befanden, waren 1250 das erstemal verurtheilt; zum zweitenmale waren 66 als Rückfällige da, die schon vorher in anderen Gefäng-

28) Dieser Theil der Schrift muß unten bei der Prüfung desjenigen, was neuerlich in Oesterreich geleistet wurde, genauer dargestellt werden.

29) Archiv 1843. S. 324 — 333.

nissen und dann in dem Pönitentiarhause waren und wieder rückfällig wurden; 163 waren zuerst in anderen Anstalten und kamen dann in das Pönitentiarhaus; einige waren zum 3ten, zwei zum 8ten Male rückfällig. Der Bericht erklärt, daß das System der völligen Isolirung nur wohlthätig gewirkt habe, spricht aber die Ueberzeugung aus, daß das System nur mit Milde gehandhabt werden muß, und Härte und Rohheit in der Anwendung jede gute Wirkung hindere. Nach dem Berichte war der Gesundheitszustand der Gefangenen gut; zwar starben 1843 zwei mehr als 1842; allein ein Gefangener wurde schon im letzten Stadium der Auszehrung in die Anstalt gebracht, und die anderen starben an längeren unheilbaren Krankheiten. Der Bericht liefert eine vergleichende Tabelle über die Sterblichkeit in den verschiedenen Gefängnissen. In Auburn starben von 973, 14; in Sing-Sing von 1069 33; in Maryland von 387, 21; in Philadelphia von 487, 11; in Wethersfield in Connecticut starben 1842 von 211 Gefangenen 10; 1843 von 203, 8; 1844 von 195 10. In der Anstalt von Philadelphia waren 1843 nur 3 die auf 15, 1 der auf 12, 4 die auf 10, 6 die auf 7 Jahre verurtheilt waren; die meisten waren auf kürzere Zeit (40 auf 3, 23 auf 2, 26 auf 1 Jahr) verurtheilt. Von 1778, die seit 1829 bis 1843 in der Anstalt sich befanden, waren die meisten (894) zwischen 20 und 30 Jahre, 392 zwischen 30 und 40 Jahre alt. Sehr belehrend ist der Bericht des Gefängnißarztes. Nach ihm hat sich das Tragen eines Unterkleides von Flanell als sehr gut für die Gesundheit der Gefangenen bewährt; sehr zuträglich ist es, wenn der Sträfling von Zeit zu Zeit am ganzen Körper sich waschen muß. Die

---

30) Fifteenth annual Report of the Eastern state penitentiary of Pennsylvania. Philad. 1844.

Beobachtungen über die am meisten vorkommenden Krankheiten der Gefangenen verdienen Beachtung. Der Arzt warnt vor der häufig vorkommenden Neigung der Gefangenen, Krankheiten vorzuspiegeln oder zu übertreiben. Von 487 Sträflingen, die 1843 in der Anstalt sich befanden, waren 245 krank, oft nur auf kurze Zeit. Von 8 Fällen der Lungenschwindsucht waren nur 3 solche, die in dem Gefängniß erst sich entwickelten; allein bei zwei sehr verdorbenen Individuen lag die Ursache wohl schon in den der Einsperrung vorausgegangenen Zuständen. Eine neue Anordnung ermächtigte den Arzt, die Arbeit oder Bewegung Gefangener aus Gesundheitsrücksichten in freier Luft zu verfügen. Von 37 Gefangenen, die aus der Anstalt entlassen wurden, läßt sich bestimmen, daß ihre Gesundheit während der Einsperrung verbessert wurde. In Bezug auf die Wirkung der einsamen Einsperrung auf den Geist der Gefangenen spricht der Arzt die Ueberzeugung aus, daß das System nicht verderblich wirkt, daß es den Geist nicht niederdrückt, sondern eher stärkt und schärft (daher auch die Schlauheit der Gefangenen sprichwörtlich ist). Der Arzt zeigt, wie es an geistiger Beschäftigung dem Gefangenen nicht fehlt, und daß bei dem Isolirungssysteme leichter als bei den übrigen die geistigen Leiden bemerkt werden können. Im J. 1843 kamen 14 Fälle von Seelenstörungen bei den Gefangenen vor; nur 5 entwickelten sich erst neu in der Anstalt; bei 3 scheint die Ursache schon vorher vorhanden gewesen zu seyn; einer spiegelte nur Krankheit vor. Der Arzt glaubt, daß das Schweigsystem mehr Seelenstörungen veranlaßt. Der Geistliche der Anstalt bezeugt in seinem Berichte, daß der Besuch der Gefangenen, die bezeigte Theilnahme und religiöse Belehrung wohlthätig auf die Sträflinge wirkt. Unter den entlassenen Sträflingen befanden sich mehrere, welche die Hoffnung, daß sie gebessert aus der Anstalt treten, rechtfertigten. Von 42,

die in das Gefängniß kamen, lernten darin 19 lesen, 14 lesen und schreiben. Bei 143, die in die Anstalt kamen, ließ sich nachweisen, daß sie keinen religiösen Unterricht vorher erhalten hatten.

Nach dem 16. Bericht [31]) kamen in die Anstalt vom 1. Januar 1844 bis 1. Januar 1845 138 Sträflinge, 157 wurden entlassen (darunter 46 begnadigt); 13 starben 1844, 7 von den Verstorbenen waren Schwarze. Zwei der Gestorbenen (die Zahl ist allerdings groß, da nur 340 in der Anstalt waren) [32]) befanden sich nach dem Berichte in einem solchen Zustande, als sie in die Anstalt kamen, daß der Tod bald erfolgen mußte. Die Zahl der Gefangenen verminderte sich in den letzten Jahren (1842 kamen 142, 1843 156, 1844 138). Von 142 im J. 1842 aufgenommenen Gefangenen waren 11, von 156 1843 eintretenden 10, von 1834 im J. 1844 neu ankommenden 10 rückfällig [33]).

Der Bericht legt vorzüglich darauf Werth, daß in Pennsylvanien die Bevölkerung so bedeutend zugenommen hat (im östlichen District waren 1830 944538 Einwohner, 1840 1,266781), und dennoch die Zahl der Gefangenen nicht zunahm. In Bezug auf die Sterblichkeit wird bemerkt, daß viele, die starben, schon als sie in die Anstalt kamen, in schlechtem Gesundheitszustande sich befanden [34]).

---

31) Vom J. 1845.

32) Im J. 1842 starben 9, 1843 11, 1844 13.

33) Der Report p. 6. vergleicht die Ergebnisse anderer Gefängnisse, die nicht nach dem Absonderungssysteme eingerichtet sind, und beweist, daß dort mehr Rückfällige vorkommen, z. B. in Massachussetts von 276 Sträflingen (1844) waren 54 rückfällig, und von 105 neu eintretenden 16 rückfällig. In Auburn wurden 1844 263 neu aufgenommen, wovon 21 Rückfällige waren.

34) Es ist dies freilich eine der gewöhnlichen Behauptungen, mit welchen die Aerzte die Sterblichkeit im Gefängnisse zu erklären suchen. Den Beweis ihrer Behauptung bleiben sie häufig *schuldig*.

Merkwürdig ist, daß die Zahl der Krankheitsfälle in der Anstalt bedeutend sich vermindert hat:

1839	wurden 793	Gefangene ärztlich behandelt,
1840	872	
1841	742	
1842	677	
1843	377	
1844	220	

Der Bericht sucht zu zeigen, daß das Absonderungssystem wesentlich zur Verminderung der Verbrechen wirkte [35]), daß die Sterblichkeit nicht größer als in den nach dem entgegengesetzten System eingerichteten Strafanstalten ist. Nach dem Berichte des Inspectors hat die Einrichtung, nach welcher die Gefangenen wöchentlich einmal warme Bäder nehmen, sehr wohlthätig gewirkt; auch ist jetzt der Inspector ermächtigt, Sträflinge unter gehöriger Aufsicht, so daß sie mit einander nicht sprechen können, zur Bebauung der Gärten zu verwenden [36]). Es ist jetzt ebenfalls der Gesangunterricht mit gutem Erfolg in der Anstalt eingeführt worden. Der Bericht des Arztes enthält wichtige Bemerkungen, und zeigt, wieviel für die Gesundheitspflege der Sträflinge noch geleistet werden könnte, insbesondere wegen der Bekleidung, der Temperatur in den Zellen. Der Arzt scheint die Bewegung der Gefangenen im Freien für nothwendig zu halten, und rühmt die Wirkungen der neuen Einrichtung, nach welcher Gefangene auch ausnahmsweise im Freien beschäftigt werden dürfen. Nach dem Zeugnisse des Arztes wurden entschieden mehrere Sträflinge (13) im besseren Gesundheitszustande, als sie eintraten, entlassen. Der Arzt schildert umständlich die wohlthätigen Folgen des Isolirungssystems auf die Gesundheit

35) Im westlichen District (im Gefängniß von Pittsburg) wurden 1841 90, 1842 69, 1843 70, 1844 60 Sträflinge aufgenommen.

36) 16ter Report p. 21.

der Gefangenen; er giebt zu, daß Selbstbefleckung vorkommt, aber nicht häufiger als in anderen Strafanstalten. Da der vorige Arzt nur ein halbes Jahr mehr 1844 in der Anstalt sich befand, so erstreckt sich sein Bericht auf die 6 Monate; während derselben kamen 2 neue Fälle des Wahnsinns vor; beide Gefangene wurden schon geistig leidend in die Anstalt gebracht. Nach dem Berichte des zweiten Arztes kamen während seiner Anstellung (6 Monate) 3 neue Wahnsinnsfälle vor; bei einem gewiß als Folge der Selbstbefleckung; eine Person war ganz gesund als sie eintrat. Der Arzt bemerkt, daß von den während seiner Anstellungszeit aufgenommenen Sträflingen 10 geisteskranke Verwandte hatten. Aus dem beigefügten Berichte des Geistlichen der Anstalt sieht man, daß von 962 Sträflingen, die in den Gefängnissen waren, 830 keinen Religionsunterricht erhielten.

Manche abweichende Nachrichten enthalten die neuesten Bostoner Berichte. Unseren Lesern ist aus früheren Darstellungen bekannt, daß die Gesellschaft zu Boston gegen das System der völligen Isolirung sich ausspricht. Da die in den jährlichen Berichten mitgetheilten Nachrichten über den Zustand aller nordamerikanischen Gefängnisse gesammelt sind, so findet man darin kostbare Materialien. Im 18. Berichte (von 1843) wird angeführt [37]), daß in Rhode-Island das dort eingeführte pennsylvanische System wieder aufgegeben worden ist. Im Gefängniß von Sing-Sing werden gegen weibliche Sträflinge keine Schläge mehr angewendet. Im Gefängnisse von Auburn werden neuerlich Regenbäder statt der Schläge als Strafen angewendet. In New-Jersey ist von dem philadelphischen System die Abweichung eingetreten, daß nach dem Antrage des Arztes Gefangene, wenn die Isolirung für ihren Geist gefährlich

37) Eighteents Report of the board of managers of the prison discipline society. Boston 1843.

werden kann, im Freien mit Anderen gemeinschaftlich arbeiten dürfen. Daß in Philadelphia die schon oben angeführte Ermächtigung, Gefangene auch im Garten arbeiten lassen zu dürfen, neuerlich eingeführt wurde, wird als wichtig hervorgehoben.

Ausführlich zählt der Bericht [38]) den bekannten Fehler des philadelphischen Systems auf, indem er (wie uns scheint) einzelne Stellen aus den Berichten herausreißt, um sie als Beweise zu brauchen, daß das System in keiner Hinsicht die Erwartungen seiner Anhänger erfüllte; nicht zu billigen ist dabei das Verfahren, aus den verschiedenen Jahren nur diejenigen Erfahrungen anzuführen, welche am ungünstigsten sind, statt Durchschnittsverhältnisse von vielen Jahren aufzustellen. Merkwürdig ist die Zusammenstellung der Kosten der verschiedenen Strafanstalten. Die nach dem auburnischen Systeme eingerichteten Gefängnisse erhielten sich entweder selbst, oder hatten große Ueberschüsse [39]); z. B. die Anstalt von Auburn ertrug von 1828—1841 nach Abzug aller Ausgaben 69760 Dollars, Sing-Sing ertrug 119527 Dollars. Die Anstalt von Charlestown ertrug rein von 1831—42 45593 Dollars. Die Anstalt von Philadelphia kann sich freilich solcher Erfolge nicht rühmen; sie kostete z. B. dem Staat 1839 18378 Dollars. In einer ausführlichen Abhandlung wird die Geschichte der Einführung des pennsylvanischen Systems in New-Jersey und Rhode-Island erzählt, und dargethan, wie es aufgegeben wurde [40]), weil der Erfolg ungünstig war [41]). Der Bericht stellt wieder die ungünstigen Erfahrungen über das Absonderungssystem in

38) 18ter Report p. 49—76. 39) Report p. 68. 69.
40) 18ter Report p. 76.
41) Unsere deutschen Leser wissen aus den Jahrbüchern der Gefängnißkunde IV. Band S. 191 und 200, daß die Schilderungen jenes Gefängnisses nichts gegen die zweckmäßig angewendete Isolirung beweisen.

den Gefängnissen von Maine, Virginia, New-York u. a. zusammen und läßt die Aeußerungen derjenigen, welche sich ungünstig über dies System äußerten, z. B. Lafayette [42]), Combe [43]), Dickens [44]) wieder abdrucken. Der neunzehnte Bericht von Boston (1844) liefert zuerst eine Darstellung des Zustandes der verschiedenen Grafschaftsgefängnisse Nordamerika's; die Schilderung lehrt, daß im Ganzen eine schlechte Einrichtung vorhanden ist. Merkwürdig ist eine Tabelle (p. 44.), nach welcher sich ergiebt, daß ungeachtet der steigenden Bevölkerung in Nordamerika die Zahl der Sträflinge in den meisten Staaten bedeutend abnimmt, z. B. in einem Gefängnisse von Vermont, wo 1837 noch 92, 1843 nur 65, im Gefängnisse von Maine, wo 1837 77, 1843 63, in Massachussets 1839 318, 1843 265 Sträflinge. In Sing-Sing sank 1843 die Zahl der Gefangenen von 1000 auf 763. Dagegen war in Auburn die Zahl der Gefangenen im Steigen (1837 641, 1842 712, 1843 771). Hierauf folgt (p. 47.) eine Darstellung des Betragens der Gefangenen in den verschiedenen Pönitentiaranstalten. Die Berichte sind merkwürdig und lehren, daß Strenge und Rohheit nur verderblich wirken. Trefflich ist der Bericht des Oberinspectors der Strafanstalt in Massachussets, wovon er angiebt, daß sein Bemühen, durch Milde zu regieren, von günstigem Erfolg begleitet war (nur in 3 Fällen wendete er Schläge an). Auch die Inspectoren der Anstalt von Sing-Sing sprechen sich (Report p. 51.) gegen die Zweckmäßigkeit der Schläge aus.

---

42) Man sollte aufhören, Lafayette, der von den österreichischen früheren Gefängnissen spricht und zwar im Zusammenhang mit politischen Verbrechen, als Autorität gegen die absolute Isolirung überhaupt anzuführen.

43) Combe ist nicht unbedingt Gegner der völligen Isolirung.

44) Gegen die unwahren Schilderungen von Dickens erheben sich in dem the Pennsylvania Journal Heft 1. p. . . und Heft 2. p. 203. ehrenwerthe Männer, die als Augenzeugen Hrn. Dickens der Unrichtigkeit in seinen Angaben beschuldigen.

Ueber die wohlthätige Wirkung religiösen Unterrichts geben alle Berichte Nachrichten.

Eine merkwürdige Schrift liegt vor uns in dem ersten Berichte der in New-York gestifteten Gefängnißgesellschaft [45]). Der Report enthält die Verhandlungen der Mitglieder der Gesellschaft. Es wird darin bemerkt, daß unter den Sträflingen bald eine Zahl ausgeschieden werden könne, deren Besserung nach der Art ihrer Verbrechen und nach den Ursachen zur Begehung leicht erwartet werden kann, während von einer Zahl Besserung nicht leicht zu erwarten ist. Man erfährt, daß 1844 in Sing-Sing 934 Gefangene und darunter 31 Geisteskranke sich befanden, von denen 22 schon mit Seelenstörung in die Anstalt kamen. Von 861 männlichen Sträflingen in Sing-Sing waren 154, und von 1291 im Staate New-York Verurtheilten waren 55 Rückfällige. Aus genauen Beobachtungen der 206 aus der Anstalt von Auburn Entlassenen, während 3 Jahren nach ihrer Entlassung, betrugen sich 146 sehr gut, ebenso 100 von 143 aus Sing-Sing Entlassenen. Nach dem Berichte (p. 20.) wird eine Vergleichung der Nachrichten über die Zu- oder Abnahme der Verbrecher in England mit denen über Amerika geliefert. Im Ganzen bemerkt man in dem zuletzt genannten Staate eine Abnahme der Verbrecher ungeachtet der wachsenden Bevölkerung; z. B. in Maryland, wo die Bevölkerung um 1/8 zunahm, waren von 1838 in 5 Jahren 381, und in den letzten 4 Jahren 297. Bei der Vergleichung des auburnischen und philadelphischen Systems wird zugegeben (p. 24.), daß das Erste leicht zu einer großen Grausamkeit wegen der Disciplin führt; empörende Beispiele werden angegeben, es wird aber auch bemerkt, daß seit der Zeit, als die Schläge selten angewendet wurden, ein besserer Geist unter den Ge-

45) First Report of the prison association of New-York. New-York 1845.

fangenen sich zeigte. Interessante Erfahrungen über die Ursachen der Verbrechen werden angeführt (p. 32.); überall zeigt sich, daß vernachlässigte Erziehung, frühe Liederlichkeit, böse Gesellschaft, Trunksucht und vorzüglich Mangel an religiösem Unterricht die Hauptquellen der Verbrechen sind. Die wohlthätigen Folgen einer zweckmäßigen religiösen Belehrung und einer Gesellschaft, welche die Besserung der Gefangenen, die Sorge für die Entlassenen sich angelegen seyn läßt, werden gut geschildert. Besonders wichtig ist die Darstellung, welche unser Landsmann Dr. Tellkampf, der an den Verhandlungen Theil nahm, über seine Erfahrungen mittheilte (Report p. 39.). Er zeigt die Nothwendigkeit eines Geistes des Wohlwollens, der in der Behandlung der Gefangenen herrschen soll. Es ist ein Irrthum, wie Tellkampf sagt, wenn man die beiden Systeme so gegen einander stellt, daß man bei dem philadelphischen alles Heil und die Besserung von der absoluten Isolirung, und bei dem auburnischen von dem Stillschweigen erwartet; die bessernde Kraft muß in der ganzen Art der Handhabung des Systems liegen; jedes dieser Systeme kann nachtheilig werden; der Redner tadelt die auburnische Sitte, viele Hundert von Gefangenen gemeinschaftlich arbeiten zu lassen, statt sie in kleinen Abtheilungen (z. B. von 20) gehörig classificirt zu vereinigen; er schildert die herrlichen Wirkungen, die in neuester Zeit in der Abtheilung der weiblichen Sträflinge in Sing-Sing wegen des Geistes der Milde, der moralischen und religiösen Einwirkung bemerkbar waren. Tellkampf erklärt, daß die absolute Isolirung — lange fortgesetzt — entschieden die geistigen Kräfte angreift. Er entwickelt dann (Report p. 49.) seine Vorschläge, die er in Preußen dem Könige vorlegte. Er forderte damals 3 Arten von Pönitentiarhäuser; eines nach dem Muster von Pentonville erbaut, zwei nach dem auburnischen Systeme zu errichten, jedoch verbessert, so

daß nur in Arbeitssälen mit passender Classification 20 zusammen arbeiten. Jeder Sträfling soll zuerst in dem ersten Pönitentiarhause absolut isolirt werden; in das dritte Pönitentiarhaus kommen die, welche sich gut aufführen, und die, welche bald darauf aus der Anstalt treten. Eine Hauptsorgfalt soll für entlassene Sträflinge angewendet werden. In Bezug auf den nachtheiligen Einfluß der absoluten Isolirung auf den Geist der Sträflinge verweist Hr. Tellkampf auf das Werk seines Bruders (des Arztes) und spricht seine Ueberzeugung von der Gefahr des Systems wiederholt aus. Die Zeit, wie lange ein Sträfling absolut isolirt werden darf, sollte in jedem Fall im Urtheile bestimmt werden, jedoch so, daß der Arzt und die Gefängnißcommission das Recht haben, zu bestimmen, wann der Sträfling von der ersten Abtheilung in die zweite gebracht werden darf. — Noch müssen wir unsere Leser auf eine neue nordamerikanische Zeitschrift für Gefängnißkunde [46]) aufmerksam machen. Der Zweck des Journals ist, Materialien und Berichte über den Zustand der verschiedenen Gefängnisse zu liefern, die neu erschienenen Berichte und Schriften anzuzeigen, Irrthümer zu berichtigen, vorzüglich die grundlosen Einwendungen gegen das philadelphische System zu widerlegen. So findet sich im ersten Hefte (p. 15.) das Memoire der französischen Akademie über Einfluß der einsamen Einsperrung auf den Geist der Sträflinge angezeigt; der 19te (oben geschilderte) Bostoner Bericht und der erste Bericht von New-York sind im Auszuge mitgetheilt; die darin enthaltenen Angriffe gegen das philadelphische System werden widerlegt [47]). Das zweite Heft

46) The Pennsylvania Journal of prison discipline and philantropy. Philadelphia 1845. Bis jetzt 3 Hefte.

47) In Bezug auf die Nachweisung, daß das auburnische System einträglicher für den Staat ist, giebt der Aufsatz (Heft 1 p. 37 ꝛc.) dies zu, aber er zeigt, daß daraus nichts für die Trefflichkeit des Systems in Bezug auf Besserung abzuleiten

enthält einen interessanten Aufsatz über weibliche Sträflinge und die Bemühungen weiblicher Gefängnißgesellschaften (mit einem ehrenden Andenken der edlen M. Fry). Es wird ein Auszug aus den Schilderungen eines deutschen Grafen (Görtz) gegeben, der die philadelphischen Gefängnisse besuchte, um den Zustand der dort gefangenen deutschen Landsleute kennen zu lernen [48]). Einwendungen, welche im neuen Berichte über die Strafanstalt von Rhode-Island und von Tellkampf in dem Berichte der Newyorker Gesellschaft gegen das Isolirungssystem gemacht sind, werden widerlegt (Heft II. p. 151.) [49]). Im dritten Hefte verdienen die Aufsätze (p. 256.) über die große Sterblichkeit unter der Bevölkerung der Schwarzen in Philadelphia (p. 259.), über die Einflüsse des Gefängnißlebens auf die Schwarzen und (p. 282.) die Erfahrungen über Ventilations- und Beheizungssystem in den Gefängnissen Beachtung.

(Fortsetzung im nächsten Stücke.)

---

ist, und daß dies Streben nach Gewinn in Auburn andere Nachtheile z. B. Ueberanstrengung der Gefangenen u. A. erzeugt.

48) Die Schilderung ist günstig, und lehrt, daß die oftmalige Behauptung, nach welcher deutsche Gefangene die Isolirung nicht ertragen, unrichtig ist.

49) Ein Brief des Hn. Wood (früher Inspector des Pönitentiarhauses in Philadelphia), der englische Gefängnisse besuchte (Heft II. p. 203—206.), ist beachtungswürdig.

Halle,

Gebauer-Schwetschkesche Buchdruckerei.

Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben

von

den Professoren

J. F. H. Abegg in Breslau,
F. C. Th. Hepp in Tübingen,
J. M. F. Birnbaum in Gießen,
C. J. A. Mittermaier in Heidelberg,
A. W. Heffter in Berlin,
C. G. v. Wächter in Tübingen,
H. A. Zachariä in Göttingen.

Jahrgang 1846.
Zweites Stück.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn.
1846.



Inhalt.



Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1846. Zweites Stück.

VI.

Die Analogie in den verschiedenen Richtungen ihrer Anwendbarkeit auf dem Gebiete des Strafrechts.

Von

Hepp.

(Schluß des Aufsatzes Nr. IV. im vorigen Stücke.)

§. 5.

IV. **Die Analogie in Beziehung auf besondere Milderungs- und Schärfungsgründe der Strafe** (im Gegensatze der bloßen Strafzumessungsgründe). Wenn ein Str. G. B. nur wenige allgemeine,

---

Druckfehler im ersten Stück.

S. 105, Zeile 2 von unten, statt: Klage der Behörden — Klage, der Behörden

S. 108, Zeile 11 v. unten, statt: die Strafgesetze: diese Strafgesetze

S. 112 in der Mitte, statt: nur mit zu jenen Zwecken: Mittel zu jenen Zwecken

S. 129, Zeile 11 v. oben, statt: nicht inconsequent — inconsequent

S. 131, Zeile 11 v. unten: statt: meineidigen.... vor dem Zeugen-Abschlusse, soll es heißen: meineidigen Zeugen.... vor dem Abschlusse —

Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1846. Zweites Stück.

VI.

Die Analogie in den verschiedenen Richtungen ihrer Anwendbarkeit auf dem Gebiete des Strafrechts.

Von

Hepp.

(Schluß des Aufsatzes Nr. IV. im vorigen Stücke.)

§. 5.

IV. Die Analogie in Beziehung auf besondere Milderungs- und Schärfungsgründe der Strafe (im Gegensatze der bloßen Strafzumessungsgründe). Wenn ein Str. G. B. nur wenige allgemeine, d. h. auf alle Verbrechen sich beziehende Milderungs- (Art. 96, 98, 113, Ziff. 5) und Schärfungsgründe der Strafe (Art. 127. Abs. 3) aufstellt, hingegen viele besondere, d. h. auf ein einzelnes Verbrechen beschränkte Gründe dieser Art, so scheint damit ausgesprochen zu seyn, daß letztere keiner analogen Anwendung auf andere Verbrechen

fähig seyen; denn, wenn der Gesetzgeber dies für zulässig gehalten hätte, so würde er jene besonderen Gründe zu dem Range allgemeiner Gründe erhoben haben, was er aber nicht wollte. Allein dieser Schluß ist unrichtig, weil zwischen einem allgemeinen Strafmilderungs- und Strafschärfungsgrunde in dem angegebenen Sinne, und einem besondern, welcher wegen Gleichheit des Grundes analog nur auf einen, oder etliche weitere Fälle angewendet wird, immer noch ein sehr wesentlicher Unterschied besteht. Die Analogie trägt ihre Gränzen in sich selbst, aber innerhalb dieser Gränzen sieht sie auch hier (vgl. §. 4) nicht darauf, ob das was sie bestimmt, zum Vortheil oder zum Nachtheil des Angeschuldigten gereicht. Ihr ist es darum zu thun, die vorhandenen Lücken des Str. G. B. in dessen Sinn und Geist auszufüllen, soweit eine solche Ausfüllung zulässig ist, und darin mit gleicher Unparteilichkeit wie der Gesetzgeber zu verfahren.

So bestimmt der Art. 174, daß wenn eine Widersetzung durch gesetz- und ordnungswidriges Verfahren der Obrigkeit oder ihrer Diener veranlaßt worden sey, statt der an sich verwirkten entehrenden Strafe auf eine nicht entehrende rc. herabgegangen werden soll. Von der Unbotmäßigkeit (Art. 125) ist dies gesetzlich nicht ausgesprochen; allein hier tritt die Gesetzesanalogie vermöge des erlaubten Schlusses (argumentum) a majori ad minus ein. Denn was von dem schwereren Verbrechen gilt (und die gleiche Bestimmung kommt im Art. 165 bei der Amtsehrenbeleidigung, wenn auch durch Thätlichkeiten, vor), das muß um so mehr von dem minder schweren Verbrechen gelten, wie auch die Entstehungsgeschichte der Art. 174 u. 175 nicht bezweifeln läßt; vgl. Comment. II. S. 640, Hufnagel Str. G. B. rc. S. 170 Ziff. 1. Ja Letzterer glaubt, daß die Bestimmung des Art. 174 analog auch auf den Aufruhr anwendbar sey

(daselbst S. 173. Ziff. 4), obgleich dieser ein viel schwereres Verbrechen ist als die Widersetzung. Für diese Analogie kann man sich freilich hier, d. h. bei einem besonderen Milderungsgrunde der Strafe, nicht auf das argum. a minori ad majus berufen (indem dieses nur bei besonderen Schärfungsgründen der Strafe anwendbar ist); allein derselbe besondere Grund, auf dem der Milderungsgrund der Artt. 173, 174 u. 165 beruht, trifft auch bei dem Aufruhr zu (wobei man sich aber den Aufruhr an sich, nicht die damit concurrirenden Verbrechen, Art. 178, zu denken hat), und in sofern bemerkt Hufnagel a. a. O. mit Recht, daß selbst der Abs. 2 des Art. 174, d. h. die Straflosigkeit der Widersetzung, unter den Voraussetzungen der Nothwehr, einer analogen Anwendung auf den Aufruhr fähig sey.

Eben so setzt Art. 239 bei dem Morde (der prämeditirten Tödtung) fest, daß die ernstlich gemeinte Einwilligung des Gemordeten als Strafmilderungsgrund wirken soll. Offenbar ist dieser Artikel analog auch auf das minder schwere Verbrechen der vorsätzlichen Körperverletzung, da wo dieselbe von Amts wegen zu ahnden ist (denn im Uebrigen liegt in der Einwilligung ein stillschweigender Verzicht auf das Klagerecht), anzuwenden, wie schon im §. 2 zur Unterscheidung dieses Falles von der bloßen Beihülfe zur (straflosen) Selbstverstümmelung bemerkt wurde. Bestätigt wird dies noch durch die Artt. 274 u. 279, welche die Strafe des Menschenraubes und der Entführung bedeutend mildern, wenn die Handlung mit Einwilligung der geraubten oder entführten Person geschah, also in ihr nur eine Verletzung der rechtlichen Gewalt Dritter gelegen ist; vgl. Comment. III. S. 68, 371, und Breitenbach Commentar Th. I. S. 538 fg. der ersten Abtheilung. Desgleichen kann es keinem Bedenken unterliegen, daß bei der idealen Concurrenz (Art. 123)

eine analoge Anwendung der Grundsätze von der realen Concurrenz (Art. 115 fg.) in soweit zulässig ist, als sich dieselbe mit der eigenthümlichen Natur jener idealen Concurrenz verträgt. In soweit daher die reale Concurrenz auf einer milderen Beurtheilung, namentlich auf dem (sehr umfangreichen) Satze: poena major absorbet minorem beruht, spricht für eine solche Analogie unzweifelhaft das argumentum a majori ad minus. In sofern dagegen für die reale Concurrenz der strengere Grundsatz des Zusammenrechnens der mehreren verwirkten Strafen (quot delict , tot poenae) aufgestellt ist, wie z. B. Art. 120 u. 121, kann dies auf die wegen der Einheit der That und des Entschlusses milder zu beurtheilende ideale Concurrenz keine analoge Anwendung finden; vgl. Comment. I. S. 819. Anm., III. S. 471.

Eben so drücken die Worte des Art. 220: „oder andere diesen ähnliche Fälle" aus, daß die gemilderte Strafe der Fälschung öffentlicher Urkunden auf alle leichtere Fälle zu beziehen sind, auch wenn sie nicht gerade zum Zweck eines erleichterten Fortkommens verübt wurden. Dies kann auch nach der Entstehungsgeschichte dieses Artikels nicht wohl bezweifelt werden; vgl. Comment. II. S. 1399, Hufnagel Str. G. B. ꝛc. S. 209. Ziff. 7.

Ferner spricht das gemilderte Strafgesetz vom Kindsmorde (Art. 249, Abs. 1) zwar zunächst nur von einer unehelich Geschwängerten und unehelich (außerhalb der Ehe) Gebärenden, muß aber analog auch auf uneheliche Kinder in der Ehe, seyen es adulterini, oder vor der Ehe von einem Dritten concipirte und in derselben geborne Kinder, angewendet werden, wie dies schon die gemeinrechtliche Doctrin und Praxis vom Standpunkte der P. G. O. anerkannte. Nicht minder ist bei der Tödtung eines neugebornen ehelichen Kindes, z. B. aus Verzweiflung über den Zuwachs der Familie und die dadurch

begründete Furcht vor Nahrungslosigkeit, oder aus Furcht vor rohen Mißhandlungen des Vaters ꝛc., die mildere Bestimmung des Abs. 3 des Art. 249 analog in Anwendung zu bringen, d. h. es wird auch hier zur Consummation der Tödtung (Mord oder Tödtung) die Fähigkeit des Kindes außer dem Mutterleibe das Leben fortzusetzen (Vitalität im engeren Sinne) erfordert, weil der Grund, worauf diese Milderung bei unehelichen Kindern beruht, auch bei der Tödtung ehelicher Kinder zutrifft (Comment. III. S. 210 fg.). Ja es könnte sich fragen, ob nicht die Artt. 249 u. 250 ihrem ganzen Inhalte nach auf vorsätzliche (vorbedachte und nicht vorbedachte) Tödtung ehelicher Kinder während der Geburt oder vor Ablauf von 24 Stunden analog anzuwenden seyen, weil nach dem Str. G. B. der Grund der verminderten Strafbarkeit des Kindesmords (Tödtung unehelicher Kinder) vorzugsweise, wo nicht ausschließlich in dem aufgeregten, auf die Geistesthätigkeit heftig einwirkenden Zustande, worin die Gebärende durch den Geburtsact versetzt werde, liegt, und man doch nicht wird behaupten wollen, daß dieser Zustand nur bei unehelich Gebärenden vorkomme? Allein die Entstehungsgeschichte des Art. 249 ergiebt, daß wenn eine eheliche Geburt im Zustande der physischen und psychischen Exaltation von der ehelichen Mutter getödtet wird, hier in anderer Weise zu helfen ist, nämlich durch Anwendung des Art. 98, von welchem, nach der Bemerkung der Motive, der Art. 249 überhaupt nur eine besondere Anwendung sey, — aber mit der Eigenthümlichkeit, daß zu Gunsten unehelich Geborner jener Zustand der Exaltation bis zu 24 Stunden fingirt wird, mithin dort erwiesen, oder doch wahrscheinlich gemacht seyn muß. In jener Fiction gehen andere neuere Legislationen noch weiter; vgl. Comment. III. S. 220—32.

Streng genommen gehört freilich dieser Fall nicht hieher, sondern zur Analogie in Beziehung auf den That-

bestand (§. 3), weil es sich hier nicht von einem, vom Richter analog anzuwendenden besonderen Milderungsgrunde der Strafe, sondern von einem gesetzlich (in abstracto) milder beurtheilten Falle des Mordes oder Todtschlags (s. g. privilegirten Verbrechen) handelt. In der Sache selbst hängen indeß beide Arten der Anwendung der Analogie nahe zusammen, und sollte es an den mitgetheilten Beispielen nicht genügen, so kann noch weiter angeführt werden, daß der Art. 72, welcher bei objectiv unschädlichen Handlungen die (allein anwendbare) Strafe des Versuchs um eine Stufe tiefer herabsetzt, analog auch auf Vorbereitungshandlungen da, wo dieselben ausnahmsweise strafbar sind, anzuwenden ist (Comment. I. S. 532); und daß die Bestimmungen des Art. 96 über Herabsetzung der Freiheitsstrafen wegen jugendlichen Alters — hier, wie oben, vermöge des Schlusses a majori ad minus — auch auf verwirkte Geldstrafen analog anwendbar sind, wie dies auch die Organe der Regierung in der K. d. A. zugaben (Comment. I, 664).

Ob aber auch besondere Strafschärfungsgründe einer analogen Anwendung auf ähnliche Fälle fähig seyen, ist eine Frage, die weder unbedingt bejaht, noch unbedingt verneint werden kann. In der Erklärung der Staats-Reg. über die von den K. bei Art. 1 hinsichtlich der Analogie ausgesprochene Voraussetzung (Amtl. Handausg. des Str. GB. S. 152) heißt es nämlich: „Nach dem Sinne, so wie nach den Worten des Art. 1, ist die Ausschließung der Analogie allerdings dahin zu verstehen, daß den Gerichten dadurch untersagt wird, Handlungen, welche nicht ausdrücklich in dem Str. GB. als strafbar bezeichnet sind, wegen Gleichheit des Grundes, als strafbar anzusehen. In gleicher Weise dürfen auch eigenthümliche Erschwerungsgründe, welche das Gesetz bei einzelnen Vergehen aufgestellt hat, sofern damit bestimmte Folgen ge-

setzlich verknüpft sind, vermöge Analogie zu solchen Erschwerungsgründen in andern Fällen nicht erhoben werden. Dagegen ist dem Richter nicht nur gestattet, sondern er ist auch verpflichtet, anderweite Lücken des G. B. zunächst aus den Bestimmungen derselben (der s. g. Gesetzes-Analogie) zu ergänzen."

Hier wird der Analogie eine, in der Voraussetzung der K. nicht enthaltene weitere (zweite) Schranke gesetzt, die aber schließlich auch von den K. anerkannt wurde. Unter dem Ausdrucke „eigenthümlicher Erschwerungsgrund" ist zweierlei zu verstehen, theils besondere Strafschärfungs-, theils besondere Erschwerungsgründe der Strafe im engeren Sinne (§. 6), von denen uns hier indeß nur die ersteren angehen, und mit den Worten „sofern damit bestimmte Folgen gesetzlich verknüpft sind" kann zweierlei ausgedrückt seyn. Entweder ist damit im engeren Sinne gesagt, daß besondere Strafschärfungsgründe, an welche das Gesetz den Uebergang von einer (als Regel angedrohten) nicht entehrenden Strafe zu einer entehrenden geknüpft hat, niemals analog angewendet werden sollen (und in der That — bei gegen 1200 Androhungen entehrender Strafen wegen Vollendung, Versuch und Beihülfe bedarf es auch keiner Erweiterung derselben); oder es soll damit im weiteren Sinne ausgedrückt werden, daß besondere Strafschärfungsgründe, wenn sie nur überhaupt den Uebergang von einer niederen zu einer höheren (wenn auch nicht entehrenden) Strafart, oder auch nur das Ueberschreiten des gesetzlich angedrohten Maximum der Strafe zur Folge haben, schlechthin jeder analogen Anwendung unfähig seyn sollen. Allein darin bestehen ja eben die gesetzlichen Folgen der Strafschärfungsgründe überhaupt, im Gegensatze der bloßen Straferhöhungsgründe, welche nur innerhalb der gesetzlichen Strafrahme wirken; es heißt aber: „sofern damit rc.", so daß

nur besonders schwere Folgen gemeint seyn können, und damit ist jedenfalls das Verbot des, nur auf Analogie beruhenden Ueberganges von einer nicht entehrenden zu einer entehrenden Strafe, und überhaupt von *privilegia odiosa* ausgesprochen.

Wie verträgt es sich aber damit, daß unsere Gerichte in die Artt. 197 u. 198 von der criminellen, mit entehrenden Strafen bedrohten Landstreicherei und Bettelei ein Moment als Schärfungsgrund hineinlegen, an welches, wie sie selbst zugeben, das Str. G. B. gar nicht gedacht hat? Sie beziehen nämlich die Worte „falsche Zeugnisse" auf den Gebrauch ächter, aber auf fremden Namen lautender Urkunden, ungeachtet dieser Fall weder unter den Begriff der Urkundenfälschung fällt, noch sonst in dem Str. G. B. irgend vorkommt (§. 2), und ungeachtet der Art. 221 eine authentische Auslegung des Ausdrucks „falsche Urkunden" enthält, indem er auf Art. 219 u. 220, d. h. auf im grammatischen Sinne gefälschte oder verfälschte Urkunden verweiset. Wie läßt sich unter diesen Umständen eine Auslegung rechtfertigen, wo der Unterschied in etlichen Tagen polizeilichem Arrest und einem Minimum von 6 Monaten entehrender Arbeitshausstrafe (Art. 197), beziehungsweise mindestens 4 Wochen Kreisgefängnißstrafe in Verbindung mit Verlust der bürgerlichen Ehren- und (man denke: bei einem Bettler) der Dienstrechte besteht? Allerdings hat man bei der Lückenhaftigkeit des Gesetzes nur die Alternative, ein solches Individuum entweder zu mild oder zu streng zu beurtheilen; allein die Verantwortung jenes Uebelstandes hat der Richter dem Gesetzgeber zu überlassen, darf es daher nicht auf sich nehmen, dem Gesetz völlig fremde Begriffe zur Ausdehnung entehrender Strafen von unverhältmäßiger Strenge in Anwendung zu bringen. Dies widerstreitet in doppelter Beziehung der oben mitgetheilten, von den K.

angenommenen Erklärung der Staats-Regierung, welche eine Ergänzung des Str. G. B. nur „aus den Bestimmungen desselben" zuläßt, und eine Ausdehnung entehrender Strafen „auf ähnliche Fälle" unbedingt ausschließt. Oder will man sagen: es handle sich hier nicht von Analogie, sondern von extensiver Auslegung? Dann vergißt man, daß bei einer offenbaren Lücke des G. B. von bloßer Auslegung nicht die Rede seyn kann (§. 1). Vgl. Comment. II. S. 1066, 1386. Eben daher sind die s. g. Diebstahlsrückfall-Strafen der Artt. 335 fg., welche selbst das äußerste Maaß überschreiten, einer analogen Anwendung auf den s. g. uneigentlichen Rückfall in Diebstahl, Unterschlagung, Raub, Betrug, Fälschung ꝛc. (Art. 361 vgl. mit Art. 124. Abs. 2) schlechthin unfähig, so daß für diese Fälle die Regel des Art. 127 von der Bestrafung des Rückfalls (des eigentlichen und uneigentlichen) eintritt, was auch allgemein in der Praxis anerkannt ist. Vgl. Comment. I. S. 877, und Hufnagel Str. G. B. ꝛc. S. 346. Ziff. 7 u. Anm. 2.

Nicht aber gilt das Gleiche von dem Art. 396. Dieser dehnt nämlich die Praxis ungeachtet der außerordentlichen Steigerung der Strafe (regelmäßig bis zum Arbeitshause), und ungeachtet der Art. 396 ausdrücklich nur von Wilderei und Verletzung des Jagdrechts (ein zu Ehren der Honorationen willkürlich creirter Mittelfall) redet, und in dem Schlußsatze des vorhergehenden Art. (395) ausgesprochen ist, daß bloße Jagdexcesse von dem Str. G. B. ausgeschlossen seyen (vgl. auch die Motive S. 17—19) — gleichwohl analog auf letztere aus; Hufnagel Comment. II. S. 707 beruft sich nämlich mit der Praxis darauf: der Ausdruck sey allgemein, und die *ratio legis*, treffe auch in dem letzteren Falle zu. Dann müßten aber (vgl. Hufnagel Str. G. B. ꝛc. S. 216. Ziff. 1 u. 2) auch die Art. 397 u. 398 analog auf bloße Jagdexcedenten

angewendet werden, und dann hätten der Art. 395 und die Motive eigentlich die Unwahrheit gesagt, daß Jagdexcesse immer nur polizeilich zu beurtheilen seyen. Ja, es würde dadurch ein offenbarer Widerspruch zwischen Art. 397. Ziff. 1. u. Art. 95. Abs. 2 des Pol. Str. G. B. entstehen. Zwar stellt der Art. 394 eine Begriffsbestimmung von der Wilderei und Verletzung des Jagdrechts auf, unter welche auch die Jagdexcesse fallen, so daß man sagen könnte: der Art. 396 (dann aber auch 397 u. 398) gehe von dem Begriffe der Wilderei 2c. im weiteren Sinne aus. Allein in dem folgenden Art. (395) wird ausdrücklich zwischen Wilderei und Verletzung des Jagdrechts, als gerichtlich, und Jagdexcessen als bloß polizeilich strafbaren Vergehen unterschieden, und wenn dann die Artt. 396, 397, 398 von Wilderei und Verletzung des Jagdrechts reden, so können damit nach allen Regeln der Auslegung (sonst hätte der Art. 395 hinter den Art. 398 gestellt seyn müssen) nur Wilderei und Verletzung des Jagdrechts im eigentlichen und engeren Sinne gemeint seyn. Ohnehin ist die Aufstellung eines weiteren Begriffs der Wilderei, ja sogar des neu creirten Mittelbegriffs der Verletzung des Jagdrechts im weiteren Sinne eben so überflüssig, als dem bisherigen Rechte fremd, weshalb es richtiger gewesen wäre, in den Art. 394 sogleich das ausschließliche Object der Wilderei und Verletzung des Jagdrechts (Wild der hohen Jagd) aufzunehmen. Wie will man daher aus einer mißlungenen Fassung des Art. 394 so wichtige praktische Folgerungen ableiten, die sogar zu Widersprüchen des Str. G. B. mit dem später erlassenen Pol. Str. G. führen? Hiernach könnten nur vermittelst der Analogie die Artt. 396 u. 397 auch auf Jagdexcesse angewendet werden; dies untersagt aber die exceptionelle Natur derselben (das privilegium odiosum) entschieden. Ist es nicht schon schlimm genug, daß die Concurrenz der Wilderei mit Wi-

dersetzung (selbst gegen bloße Jagdberechtigte), und die Vermummung des auf Anrufen nicht standhaltenden (und als entfliehenden, ganz unschädlichen) Wilderers oder Verletzers des Jagdrechts eine solche mittelalterliche Steigerung der Strafe, wie nach Artt. 396 u. 397, begründen — und dies will man gar noch auf bloße Jagdexcedenten ausdehnen, die gleich jenen ohnehin schon in Gefahr stehen, gleich dem Wilde, welches sie verfolgen, vermöge des Gesetzes — weggeschossen zu werden?

Ging man doch bei einem, in entgegengesetzter Richtung privilegirten Verbrechen — dem Duell — in den K. davon aus, daß die Ziff. 1 des Art. 201, welche (nur) ein Minimum von fünf, und ein Maximum von sechs Jahren Festungsarrest für den Fall festsetzt, wenn die Verabredung getroffen war, „daß der Zweikampf so lange fortgesetzt werden solle, bis einer der Kämpfenden getödtet sey, und die Tödtung wirklich erfolgte" — durchaus keine analoge Anwendung auf ganz ähnliche, eben so lebensgefährliche Verabredungen zulasse, z. B. auf den Schuß über das Sacktuch, auf kurze Mensuren, oder wenn von zwei Pistolen nur eine geladen wird, und nach getroffener blinder Wahl sich die Duellanten dieselbe auf die Brust setzen, und einer getödtet wird rc., so daß in solchen Fällen nach Ziff. 2 des Art. 201 gar nur ein Minimum — von zwei Jahren Festungsarrest eintreten kann; vgl. Comment. II. S. 1136, 1160, Hufnagel Str. G. B. rc. S. 194. Wie reimt sich damit jene Auslegung von den Wildereiartikeln?

Eben so wenig kann gebilligt werden, daß der im Art. 272. Abs. 2 für Körperverletzungen festgesetzte, also besondere Strafschärfungsgrund analog auch auf Realinjurien gegen Ascendenten angewendet wird; vgl. Hufnagel Str. G. B. rc. S. 257. Ziff. 2. Der Art. 272 enthält die überaus harte Bestimmung, daß bei Körperverletzungen

von Descendenten an Ascendenten die an sich verwirkte Strafe verdoppelt, und wenn hiedurch die höchste Dauer der Gefängnißstrafe (2 Jahre) überschritten würde, zum (entehrenden) Arbeitshause, also auch von Arbeitshaus zum Zuchthause aufgestiegen werden soll, ohne dabei zwischen Vorbedacht und Affect (und rohe, barbarische Eltern können diesen leicht bei ihren Kindern erzeugen) zu unterscheiden; ja dem Wortlaute nach wird nicht einmal zwischen dolus und culpa (wovon die vorhergehenden Artt. 260 fg. gemeinschaftlich handeln) unterschieden. Wie will man daher ohne gegen die Verabschiedung des Art. 1 zu verstoßen, diese so überaus harte Bestimmung analog auch auf bloße Realinjurien anwenden, zumal schon der Art. 284 von den Ehrenkränkungen in Ziff. 2 („gegen Personen, welchen der Beleidiger nach seinem Verhältnisse zu denselben besondere Achtung oder Ehrerbietung schuldig ist") ausdrücklich solche Injurien zu den erschwerten rechnet, und mit Gefängniß bis zu einem Jahre (die leichteren im Art. 284 mit Gefängniß bis zu einem Monat oder Geldbuße bis zu 25 fl.) bedroht, so daß hier niemals Arbeitshaus eintreten kann und soll, und zugleich bei Ziff. 4 der Zusatz von den K. beschlossen wurde: „Doch können dergleichen Ehrenkränkungen, Ziff. 1—4 (also mit Einschluß der Realinjurien) mit Geldbuße bis zu 100 fl. geahndet werden, wenn der Beleidiger von dem Beleidigten in hohem Grade gereizt worden war." Würde daher nicht die Analogie des Art. 272 zu Widersprüchen mit Art. 284 führen, und kann überhaupt von ihr die Rede seyn, wenn schon das Gesetz selbst (hier der Art. 284, wenn auch nicht genügend) für einen erschwerten Straffall gesorgt hat? Die Analogie setzt ja immer eine Lücke des Gesetzes voraus. Aber, wendet man ein, der Art. 261 Abs. 1 setzt ja für einfache Körperverletzungen die Strafe der Realinjurien fest, mithin sind beide Fälle ganz gleich

zu behandeln. Allein dieser Schluß ist unrichtig, weil der Art. 261. Abs. 1 nur auf die Strafen des Art. 284 verweist, damit aber sehr wohl vereinbar ist, daß beide Vergehen im Uebrigen verschieden beurtheilt werden. Oder will man sagen: weil das G. B. auch culpose Körperverletzungen strafe, müsse es auch strafbare culpose Realinjurien geben; oder umgekehrt: weil letztere nicht strafbar seyen, so müsse der Art. 267 auf erschwerte Körperverletzung (Art. 260) beschränkt werden? Weil die Injurie keinen Conat zulasse, könne es auch keine versuchte Körperverletzung geben; oder umgekehrt: weil letztere strafbar seyen, müsse das Gleiche auch von versuchten Realinjurien gelten? Weil das Pol. Str. G. Realinjurien den Local- und Bezirkspolizeistellen zur Bestrafung überlasse, müsse das Gleiche auch von einfachen Körperverletzungen gelten; oder umgekehrt: weil das Pol. Str. G. letztere den Polizeistellen entziehe, so falle damit deren Zuständigkeit auch für jene weg? Weil ausnahmsweise Injurien durch Compensation getilgt werden können (während bei allen andern Verbrechen und Vergehen beide Theile strafbar sind), so müsse das Gleiche auch von einfachen Körperverletzungen gelten; oder umgekehrt: weil das Str. G. B. dies bei Körperverletzungen nicht ausspreche, so sey damit der Art. 293 von Injurien, soweit er Realinjurien betreffe, unanwendbar geworden? Weil das G. B. über die privatrechtlichen Folgen der Verbrechen und Vergehen für Realinjurien die Competenz auch der Civilbehörde zulasse, müsse diese jetzt auch die actio aestimatoria bei einfachen Körperverletzungen zulassen ꝛc.? Vgl. Comment. III. S. 411. Offenbar gelangt man auf diesem Wege zu Absurditäten und unauflöslichen Verwickelungen, indem man auf die eine oder auch auf die umgekehrte Weise argumentiren kann; was zum Beweise dient, daß man sich hier auf unjuristischem Wege befindet. Ja die

Entstehungsgeschichte des Art. 261. Abs. 1 ergiebt, daß der Zweck der Verweisung dieses Artikels auf die Strafe des Art. 284 (was erst von den K. beschlossen wurde, während der Entwurf eine selbstständige Strafe festgesetzt hatte) lediglich der war, dem Richter dadurch die schwere Gränzscheidung zwischen leichten Körperverletzungen und schwereren Realinjurien zu ersparen, wobei aber die K. und die Regierung nicht bedachten, daß dieser Zweck nicht einmal erreichbar ist, weil, ungeachtet der gesetzlichen Gleichheit der Strafe, beide Vergehen einen verschiedenen Thatbestand haben, und in dem Urtheil stets die Beschaffenheit des Vergehens (ob Körperverletzung oder nur Realinjurie) ausgesprochen werden muß (Str. Pr. O. Art. 354 Ziff. 2). Die Irrigkeit jener, freilich bei unseren Gerichten weitverbreiteten Folgerung erhellt endlich noch daraus, daß der Art. 352, welcher hinsichtlich des Betrugs im Allgemeinen auf die Strafe des Diebstahls verweist, es für nöthig gefunden hat, im Art. 360 festzusetzen, wie weit die besonderen Bestimmungen des Diebstahls auch auf den Betrug, und eben so auf die Fälschung, in Anwendung kommen sollen. Etwas Anderes ist es, nur auf die Strafe eines andern Verbrechens, unter Allegirung des betreffenden (in sofern allein anwendbaren) Artikels, und im Allgemeinen auf die Bestimmungen eines andern Verbrechens z. B. Art. 359 zu verweisen, indem im letzteren Falle das Gesetz auf die ganze Lehre jenes Verbrechens, mithin auf alle darüber bestehende Normen verweist. Dies in seiner Anwendung auf eine Reihe von Artikeln nachzuweisen, muß sich aber der Verf. für eine eigne Abhandlung vorbehalten.

Dagegen möge noch folgender eclatanter Fall hier zur Sprache kommen. Der Art. 320 hat das bisher beim Diebstahl befolgte Theilungsprinzip, wonach jeder Theilnehmer nicht weiter haftet, als seine Verschuldung reicht,

aufgehoben, und dafür festgesetzt, daß „bei Bemessung der Strafe für jeden Theilnehmer (d. h. wie die vorhergehenden Worte ergeben: Miturheber) der volle Betrag des Diebstahls zu Grunde gelegt werden soll". Wenn also z. B. drei Diebe gemeinschaftlich 105 fl. stehlen und unter sich vertheilen, so kommt nicht (für jede Person 35 fl. gerechnet) die Ziff. 2 des Art. 322, d. h. Kreisgefängniß von 3 — 8 Monaten, sondern die Strafrahme der Ziff. 3, d. h. Arbeitshaus bis zu 2 J. in Anwendung, so daß jeden Miturheber mindestens 6 Monate entehrender Arbeitshausstrafe trifft, ungeachtet er in der Wirklichkeit nur 35 fl. (Ziff. 2) und nicht 105 fl. (Ziff. 3) gestohlen hat. Es ist dies nicht anders, als wenn bei einer (vorsätzlichen oder fahrlässigen) Tödtung durch Mehrere, wo die Verletzungen nicht einzeln genommen, sondern nur durch ihr Zusammenwirken tödtlich (tödtend) waren, Jeder für das Ganze haften, d. h. jeden die Strafe der vollendeten Tödtung treffen sollte. Wirklich bestimmt dies auch bei Tödtungen in Raufhändeln der — überhaupt schneidend durchgreifende — Art. 248. Allein mit Recht bemerkt **Hufnagel** Str. G. B. rc. S. 219. Ziff. 4, daß diese Bestimmung keine analoge Anwendung auf andere Tödtungsfälle zulasse, weshalb im Uebrigen bei vorsätzlichen Verletzungen (animo occidendi) jeden nur die Strafe des Conats, bei Fahrlässigkeit (weil es keinen strafbaren culposen Versuch giebt) die Strafe der culposen Körperverletzung treffen kann. Anders steht es dagegen mit dem Prinzip des Art. 235. Abs. 1 zweiter Fall, welcher zur Erleichterung der Gerichte (!) auf den Vorschlag der K. d. A. zugesetzt wurde, wonach von mehreren **tödtlich** Verletzenden Jeden die Strafe der vollendeten vorsätzlichen (Mord, Todtschlag, Vergiftung rc.) oder culposen Tödtung trifft, was der Art. 248 speziell auf Tödtung in Raufhändeln anwendet, und nach §. 3 analog auch auf

Körperverletzungen (Art. 260) anzuwenden ist; vgl. Wächter a. a. O. S. 556. Mit diesem Prinzip, von welchem sich die trefflichen Motive zum Braunschweigischen Str. G. B. mit einem gewissen Entsetzen abwenden, harmonirt ganz und gar das Prinzip des Art. 322 vom Diebstahl, welches die Miturheber am Diebstahl in Betreff der anzuwendenden Strafrahme — in solidum verurtheilt! Wenn nun das Str. G. B. diese Bestimmung zwar auf Unterschlagungen ausgedehnt hat (Art. 350), nicht aber auch auf Betrug und Fälschung, indem der Art. 360 ausdrücklich nur auf Art. 318, 333 ꝛc. (also nicht auf alle Bestimmungen vom Diebstahl, namentlich nicht auf die des Art. 320) verweist, und die Allegation des Art. 350 nur ausdrücken soll, daß die milderen Bestimmungen der Entwendung unter Ehegatten und nahen Verwandten ꝛc. auch beim Betruge ꝛc. Anwendung finden sollen; und wenn endlich das Str. G. B. auch bei widerrechtlicher Sachverletzung (damnum injuria datum), Art. 385 fg., ein solches Haften und Verurtheiltwerden der Miturheber in solidum nicht ausspricht — so sollte man meinen, daß aus dem Gesetze deutlich genug erhelle, was als Ausnahme und was als Regel zu betrachten sey, und daß, namentlich bei dem hiedurch möglichen Uebergange von Gefängniß zum entehrenden Arbeitshause, von Seiten der Gerichte die Verabschiedung des Art. 1 streng beachtet werden sollte. Gleichwohl bemerkt Hufnagel Str. G. B. ꝛc. S. 385. Ziff. 6: „Haben Mehrere das Verbrechen (damnum inj. datum) begangen, so wird Jeder nach dem ganzen Betrage des Schadens bestraft, und es gilt dies nicht bloß von den Urhebern, sondern auch von den Gehülfen" — um so mehr also auch vom Betrug und von der Fälschung, trotz dem, daß weder der Art. 360 noch der Art. 385 auf die besondere (singuläre) Bestimmung des Art. 320 ver-

weisen. Wohin will es mit unserer, ohnehin terroristischen Strafgesetzgebung kommen, wenn jura singularia odiosa zu dem Range eines allgemeinen Prinzips erhoben werden?

Eben so ergiebt die Entstehungsgeschichte des Art. 56 vom s. g. dolus generalis, daß derselbe als Ausnahme von strengen Rechtsgrundsätzen keine analoge Anwendung auf ähnliche Fälle zuläßt; vgl. Comment. I. S. 469 Anm., Breidenbach, Comment. I. Abth. 2. S. 67 fg.

Doch genug hievon, und vielleicht schon zu viel, da für die Analogie noch wichtige Fragen anderer Art vorliegen. Nur das möge schließlich als das Resultat der bisherigen Untersuchungen hervorgehoben werden, daß besondere Strafschärfungsgründe, oder überhaupt besondere gesetzliche Normen, welche eine bedeutende Steigerung der Strafe für ein oder mehrere einzelne Verbrechen enthalten, im Sinne des Art. 1 des Str. G. B. um so weniger einer analogen Anwendung fähig sind, da bei der vorherrschenden Strenge (ja Terrorismus) des G. B. nicht einmal eine durch Analogie auszufüllende Lücke leicht vorliegen wird.

§. 6.

V. Die Analogie in Beziehung auf besondere Zumessungsgründe der Strafe (Straferhöhungs- und Strafminderungsgründe). Diese Frage scheint beim ersten Anblick ganz unpraktisch. Denn, wenn das G. B. bei einzelnen Verbrechen, sey es für die Ausmessung der Strafe innerhalb der Strafrahme, z. B. Art. 321 (Diebstahl), Art. 272. Abs. 1 (Körperverletzung), oder für die Zuerkennung einer schwereren Strafart bei alternativen Strafdrohungen, z. B. Art. 180 Abs. 2 (Befreiung von Gefangenen), dem Richter die strafmindernden und straferhöhenden Momente an die Hand

giebt, so spricht das Gesetz damit nur eine Anwendung der allgemeinen Normen der Artt. 107 fg. über die Zumessung der Strafe aus (Comment. I. S. 767 fg.) Insofern hat sich der Richter bei andern Verbrechen und Vergehen, wo ihm keine solche Anhaltspunkte gegeben sind, nicht an die Analogie jener Fälle, sondern geradezu an die Artt. 107 fg. zu halten. Gleichwohl ist diese Frage in Einer Beziehung von praktischer Bedeutung. Das Str. G. B. hat nämlich bei gewissen Verbrechen, und zwar einfachen, im Gegensatze der ausgezeichneten (qualifizirten), besondere Erschwerungsgründe mit besonderen Wirkungen aufgestellt, nämlich in dem Sinne, daß dieselben — beim Diebstahl (Art. 328), bei der Unterschlagung (Art. 347), beim Betrug (Art. 353), und bei der Fälschung (Art. 359) — ohne Rücksicht auf den Betrag, also auch wenn derselbe nur in einem Kreuzer oder weniger besteht, den Uebertreter dem polizeilichen Ressort entzogen, und dieser dadurch einer gerichtlichen Strafe, d. h. Gefängnißstrafe in Verbindung mit Verlust der Ehren- und der Dienstrechte (Infamie) unter allen Umständen unterliegt. Ganz verschieden hievon sind die besonderen Erschwerungsgründe des Art. 387 beim damnum injuria datum, die daher auch in dem Art. 64 des Pol. Str. G. nicht als Gründe der Ausschließung des polizeilichen Strafressorts bezeichnet sind, wie es der Art. 57 beim Diebstahl rc. thut. Eben daher sind sie, schon im Hinblick auf die allgemeinen Vorschriften der Artt. 107 fg., nicht in dem Sinne aufzufassen, als ob es hier keine andern Erschwerungsgründe gebe, sondern sie sind nur — eigentlich überflüssige — Belehrungen für den Richter. Hingegen die Fälle der Artt. 328, 347, 353 u. 359 lassen wegen der enormen Folgen, die daran geknüpft sind, nach §. 5 keine analoge Anwendung auf ähnliche, wenn auch offenbar übersehene schwerere Fälle zu. Man muß vielmehr bekla-

gen, daß der Gesetzgeber an so viele unbedeutende Fälle gedacht hat. Einen Ueberblick über die Unzahl der streitigen und nicht streitigen Auslegungen, welche sich an den Art. 328 vom Diebstahl knüpfen, giebt Hufnagel, Str. G. B. ꝛc. S. 334 — 340, und man muß wirklich die Gerichte bedauern, daß das Gesetz sie nöthigt, sich mit solchen Untersuchungen zu befassen, eben so sehr aber auch, daß sie arme Schelme wegen der geringsten Kleinigkeit so schonungslos streng behandeln müssen.

§. 7.

VI. Die Analogie in Beziehung auf den Ausschluß des amtlichen Verfahrens. Das Str. G. B. hat, abweichend von dem bisherigen Rechte, die Bestrafung einer großen Zahl von Verbrechen und Vergehen, selbst sehr schwerer Art, von der Klage des unmittelbar oder mittelbar Betheiligten (so sollte es richtiger als „Beschädigten" im Art. 134 heißen, weil sich die Klage nicht auf das vollendete Verbrechen beschränkt, Breidenbach, Comment. I. Abth. 2. S. 124) abhängig gemacht, und da es sich hier von Ausnahmen von der Regel handelt, so sollte man meinen, daß durch Analogie nicht noch weitere Fälle der Art geschaffen werden dürfen. Und in der That verhält es sich auch so, wenn man Verbrechen oder Vergehen anderer Art im Auge hat, für die das Gesetz, ungeachtet ihrer Aehnlichkeit mit jenen Fällen, eine solche Vorschrift nicht enthält. Anders aber verhält es sich bei einer, in ihrer Anlage durchaus casuistischen Gesetzgebung, welche ein Verbrechen derselben Art in 5, 6 oder noch mehr Species zerlegt, und jede dieser Species mit besonderen Strafen (oft 4, 5 Strafrahmen) bedroht. Hier kann mittelst der Analogie diese und jene Lücke des Gesetzes ausgefüllt werden. Beispiele dienen auch hier am besten zur Erörterung der Sache.

So theilt das Str. G. B. die Körperverletzungen ein: 1) mit Vorbedacht (und aus culpa dolo praemeditato determinata), und zwar a) schwere, Art. 260, b) leichtere Körperverletzungen, Art. 261; 2) im Affect, Art. 263—65; 3) in Raufhändeln, Art. 266; 4) aus Fahrlässigkeit, und zwar a) in gewöhnlichen Fällen, Abs. 1, b) in Beziehung auf autorisirte Aerzte, Wundärzte etc. bei Ausübung ihrer Kunst; 5) durch Gift, Art. 269, und zwar a) dolose, Abs. 1, b) culpose Körperverletzung durch Gift, Abs. 2. In dieser ganzen Reihenfolge von Artt. (260—69) ist nur zweierlei ausdrücklich ausgesprochen. Erstlich: daß „vorbedachte leichtere" Körperverletzungen in der Regel (wenn nicht mit ihrer Zufügung eine Störung der öffentlichen Ruhe und Ordnung verbunden war) nur auf Klage untersucht werden sollen, Art. 361 Abs. 2. Zweitens: daß „culpose" Körperverletzungen, selbst der schwersten Art, „in gewöhnlichen Fällen" (Art. 267 Abs. 1) immer, also auch dann, wenn eine öffentliche Störung damit verbunden war, nur auf Klage des Verletzten bestraft werden sollen. Nun aber ist

1) einleuchtend, daß wenn prämeditirte leichtere Körperverletzungen regelmäßig das amtliche Verfahren ausschließen, dies um so mehr (vermöge des Schlusses a majori ad minus) von leichteren im Affect zugefügten Körperverletzungen, welche auf einer viel tieferen Stufe der Strafbarkeit stehen, Artt. 263—65, gelten muß. Die Ziff. 4 des Art. 263, welche dies auszudrücken vergessen hat, muß daher ergänzt werden; vgl. Comment. III. S. 414. Das Gleiche wird

2) von leichteren Körperverletzungen in Raufhändeln (Art. 266) zu behaupten seyn, weil es sich ja auch hier von Affect handelt, und dergleichen Raufereien auch ohne alle öffentliche Störung vorfallen können. Bestätigt wird dies durch die Allegation der Artt. 260—65 in

Ziff. 1 des Art. 266, worunter auch Art. 261. Abs. 1 („nur auf Klage des Verletzten") begriffen ist; ... vgl. Comment. III. S. 463, 414. Zweifelhaft ist dagegen

3) ob die Ausschließung des amtlichen Verfahrens in gewöhnlichen Fällen culposer Körperverletzungen (selbst der schwersten Art) auch auf den Fall des Abs. 2, d. h. wenn Aerzte, Wundärzte etc. bei Ausübung ihrer Kunst dergleichen verschulden, zu beziehen sey, weil hier mit der an sich verwirkten Strafe bei erheblichen Beschädigungen zeitliche Entziehung der Berechtigung angedroht ist, und bei ähnlichen, selbst geringeren Verfehlungen derselben, Art. 459—61, das amtliche Verfahren eintritt. Will man sagen: eben deshalb sey dieser Fall in dem Art. 267 unter die Privatverbrechen gestellt, weil er in dieser Beziehung nach andern Grundsätzen, als die Artt. 459—61, beurtheilt werden solle, so beweist dies zu viel, weil der Art. 251. Abs. 2 für culpose Tödtung eine ähnliche Bestimmung enthält, wo doch das amtliche Verfahren eintritt, mithin das Gesetz hier unzweckmäßig zusammengehörige Fälle unter verschiedene Titel des Str. G. B. gestellt hat, was auch sonst nur zu oft vorkommt. Wie will man daher aus der unpassenden Stellung eines Artikels so eine wichtige Folgerung ableiten, zumal die Organe der Reg. wiederholt erklärten, die Stellung des Art. bei den Staats- oder Privatverbrechen sey etwas rein Formelles, ohne alle praktische Bedeutung? Außerdem ist zu erwägen, daß schon die Bestimmung des Abs. 1 (für die gewöhnlichen Fälle) in hohem Grade bedenklich ist, theils weil darunter auch die schwersten Körperverletzungen (welche unter Umständen schlimmer seyn können als der Tod) fallen, theils weil es eine culpa giebt (die bewußte), welche an den dolus eventualis sehr nahe angränzt, weshalb das Maximum von 2 Jahren Gefäng-

nißstrafe viel zu niedrig ist. Endlich harmonirt die Ausdehnung des Abs. 2 auf Aerzte ꝛc. nicht mit den Artt. 459 — 61. Richtiger wird man daher bei Abs. 2 die Regel, d. h. das amtliche Verfahren anzunehmen haben; vgl. Comment. III. S. 472, 417. A. M. Hufnagel, Str. G. B. S. 252. Ziff. 5. Eben so kann

4) nach der Entstehungsgeschichte des Art. 268 von culposen Körperverletzungen aus Exceß des Züchtigungsrechts nicht bezweifelt werden, daß hier in allen Fällen, leichten wie schweren, die Regel, d. h. das amtliche Verfahren eintreten soll, so daß dieser Artikel nicht nur den Gegensatz von dem Art. 267. Abs. 1, sondern auch von Art. 261. Abs. 1, bildet; vgl. Comm. III. S. 415 — 16, wogegen Hufnagel a. a. O. S. 253. Ziff. 2 das amtliche Verfahren bei leichteren Körperverletzungen (den Fällen des Art. 261) ausschließt. Allein die für diese Unterscheidung geltend gemachten Gründe wurden ausdrücklich in der K. d. A. zurückgewiesen, und beide K. und die Staatsregierung erklärten sich übereinstimmend dahin, daß der Art. 268 unbedingt eine Ausnahme von dem Art. 261. Abs. 1 bilden solle; vgl. Comment. III. S. 486 — 87. Eben so tritt

5) bei Körperverletzungen, seyen es dolose oder culpose, schwere oder leichtere, durch Gift (Art. 269) die Regel, mithin das amtliche Verfahren ein, wie auch allgemein anerkannt ist. Dagegen

6) wird in denjenigen Fällen, wo nur auf Klage gestraft werden darf (Ziff. 1 — 2), diese nicht dadurch ausgeschlossen, daß ein besonderer, sey es specieller (Art. 262), oder allgemeinerer (Art. 272) Straferhöhungs- oder Strafschärfungsgrund (welcher nach Art. 262 u. 272 Abs. 2 den Uebergang zum entehrenden Arbeitshause bewirken kann) in dem gegebenen Falle vorliegt. Denn vom Standpunkte des Gesetzes entscheidet die Beschaffenheit der *Handlung*, nicht die der Strafe, wie es ja auch sonst mit

Arbeits- oder Zuchthaus bedrohte Verbrechen giebt, welche nur auf Klage untersucht werden sollen, z. B. Art. 280 in Verbindung mit Artt. 278 und 281. Abs. 2, 300 vgl. mit Artt. 295—99 rc. Daher sind z. B. auch Störungen des Burgfriedenbruchs — man wird hier ganz in die Zeiten des Mittelalters versetzt — nach Art. 193 Abs. 1 nur auf Klage zu bestrafen, indem die Verletzung des Burgfriedens nach Art. 193 Schlußsatz ausdrücklich nur für ein Erschwerungsgrund des Hausfriedenbruchs erklärt ist, mithin für ein Moment, welches lediglich von Einfluß auf die Ausmessung der Strafe ist, Strafe aber nur auf Klage eintritt. Darin verhält es sich nach Art. 194 bei königlichen Residenzschlössern anders, und es ändert daran nichts, daß die Häupter der Standesherren seitdem durch den Art. 197 der provisorischen Str. Pr. O. (1843), das Privilegium erhalten haben, als Zeugen in Criminalsachen, „gleich den Mitgliedern der königlichen Familie" in ihrer Wohnung vernommen zu werden (was, wie die Organe der Reg. in der K. d. A. äußerten, zwar nicht in der Bundesacte stehe — aber „im Geiste derselben" liege). Verbindet man damit, daß sie und ihre Familien, überhaupt die Mitglieder des ritterschaftlichen Adels, durch Art. 58 derselben provisorischen Str. Pr. O. das weitere Privilegium erwirkt haben, daß, in gerichtlichen Untersuchungssachen gegen dieselben, „Standesgenossen" (also Privatpersonen) die Stelle von (öffentlichen) Gerichtszeugen vertreten dürfen, endlich, daß die „Mitglieder" der standesherrlichen Familien nach Art. 91. Ziff. 1 des Pol. Str. G. (1839) auch in polizeilichen Uebertretungen ein forum privilegiatum vor den Kreisregierungen erhalten haben, und nach Art. 90 Schlußsatz unter gewissen Voraussetzungen selbst „die Mitglieder der Familien des gesammten ritterschaftlichen Adels" ein solches vor dem Oberamte — so haben die drei neuen

Gesetzgebungen zusammen fünf neue Adelsprivilegien, drei definitive und zwei provisorische (auf 6 Jahre), geschaffen. Nach dieser Analogie, oder in diesem fortschreitenden „Geiste" nicht der Bundesacte, sondern der einheimischen Gesetzgebung könnte es nicht nur bald weiter gehen, sondern es fragt sich, ob nicht die Artt. 58 u. 197 der Str. Pr. O. analog auch auf Polizeiübertretungen in Anwendung zu bringen seyen (§. 9)? Dann kämen noch zwei weitere Privilegien hinzu, also im Ganzen sieben, binnen weniger Jahre (1838—1843)!

§. 8.

VII. Die Analogie in Beziehung auf Ressortverhältnisse. Wenn man die Art und Weise erwägt, wie die Strafgewalt in Württemberg unter eine endlose Menge von Beamten vertheilt ist, deren jedem (mit Ausschluß der eben deshalb stets eifersüchtigen Bezirksfinanzstellen) eine Zuchtruthe, zum Theil mit exorbitanten Rechten („zur Aufrechthaltung des obrigkeitlichen Ansehns"), in die Hand gegeben ist; wenn man weiter erwägt, wie plan- und prinziplos sich diese Vertheilung auf den Grund älterer, neuerer und neuester, vielfach unter einander disharmonirender Gesetze gebildet hat; wie namentlich das neuerdings beliebte Prinzip der möglichst gleichen Vertheilung der Lasten der Strafgewalt in kurzen Zwischenräumen zu einem beständigen Wechsel der Ressortverhältnisse bei Gerichten und Polizeibehörden geführt hat (Strafedict v. 1824, Strafcompetenzgesetz v. 1839, Pol. Str. G. v. 1839, provisorische Str. Pr. O. v. 1843); wie diese Ressortverhältnisse selbst von zufälligen und vorübergehenden Momenten abhängen, indem z. B. gerade jetzt (1845) eine Menge neuer Straffinanzbehörden in Eisenbahnsachen nur darum creirt worden sind, weil das gegenwärtige Ministerium des Innern, welches

zugleich das für Kirchen- und Schulwesen ist, jenem Geschäftszuwachse „seines" Departements nicht gewachsen war, und die Eisenbahnen (wie freilich Alles im Staat, was Geld kostet!) in „naher Beziehung" zu dem Finanzministerium stehen sollen — wenn man alles dieses, und vieles Andere, was hier nicht ausgeführt werden kann, erwägt: so scheint es unmöglich, daß die Analogie au diese so willkürlich von einem Jahre zum andern abgeänderten und ferner abänderlichen Verhältnisse irgendwie in Anwendung kommen könne. Denn ohne festen Boden, worauf sie weiter bauen kann, ist jede Analogie unmöglich.

Gleichwohl wird es sich zeigen, daß selbst auf diesem schwankenden Boden die Analogie nicht zurückgewiesen werden kann. Nehmen wir folgenden, und zwar sehr wichtigen Fall zur Erörterung. Das Straf- und das Pol. Str. G. bestimmen, daß einfache Diebstähle, Unterschlagungen und Betrügereien bis zum Werthbetrage von 5 fl. das erste und das zweite Mal nur polizeilich, also nicht mit entehrender Strafe belegt werden sollen, Str. G. B. Art. 321, 346 („nach den Bestimmungen des Art. 321 rc."), 352. Abs. 3. („so kommen die Bestimmungen über Bestrafung des Diebstahls in Anwendung") u. Pol. Str. G. Art. 57 (Diebstahl, Betrug und Unterschlagung rc.). Von der Fälschung hingegen wird nirgend gesagt, daß auch diese dem polizeilichen Strafressort unterliegen könne. Ja nach Art. 8 des Strafcompetenzgesetzes v. J. 1839 ist selbst den Bezirksgerichten nur die unter die Staatsverbrechen gestellte Fälschung „in Reisepässen, Reiserouten, Wander- oder Dienstbüchern, obrigkeitlichen Ausweisen, in ärztlichen oder Dürftigkeits-Zeugnissen (Art. 220)" zur Bestrafung überlassen worden. Von Privatfälschungen (Artt. 356 — 59) schweigt der Art. 8 ganz, indem er sich auf Diebstahl, Unterschlagung und Betrug, „sofern diese

Vergehen die polizeiliche Strafgewalt übersteigen, und nicht unter die Bestimmungen des Art. 322. Ziff. 3 — 5 (Arbeitshaus und Zuchthaus) fallen (Art. 346 — 49, 352)" beschränkt. Da nun den Bezirksgerichten, wie schon nach dem Strafedicte vom J. 1824, eine Strafgewalt innerhalb ihres Ressorts nur in den gesetzlich bestimmten Fällen zusteht, so folgt daraus, daß nach den Bestimmungen des Strafcomp.-Gesetzes für alle Arten der Fälschungen, seyen es Staats-, Privat- oder Amtsfälschungen, mit alleiniger Ausnahme des Falles des Art. 220, die Kreisgerichte die ausschließlich zuständige Strafbehörde in erster Instanz bilden, daher denn um so weniger an eine Zuständigkeit der Polizeistellen zur Bestrafung einfacher Privatfälschungen gedacht werden kann. Ja diese, so wie die Bezirksgerichte, verlieren nach Art. 11 des Strafcomp.-Gesetzes, so oft mit der Fälschung Betrug oder ein anderes, an sich zu deren Ressort gehöriges Vergehen concurrirt, ihre Zuständigkeit für letzteres an das Kreisgericht als forum connexitatis.

Bestätigt wird diese Ansicht noch dadurch, daß, nach Verlauf von nur wenigen Jahren, die provis. Str. Pr. O. Art. 11, zur gleichmäßigen Vertheilung der Lasten der Strafgewalt, außer vielen andern Verbrechen und Vergehen, den Bezirksgerichten „die Fälschung in den Fällen der Artt. 357 u. 359" überlassen hat, mit dem Zusatze, „soweit der (d. h. der dadurch beabsichtigte oder bewirkte) Betrug der bezirksgerichtlichen Strafbefugniß anheimfällt", so wie „in den Fällen des Art. 358 (Privaturkundenfälschung), mit Ausnahme der Fälle des Abs. 2 (Arbeitshaus)". Welche bedeutende Geschäftslast schon dadurch den Bezirksgerichten zu Theil geworden ist, ist einleuchtend, besonders wenn man den Begriff der Privaturkunde (im Gegensatze der öffentlichen, Art. 219) nicht im juridischen sondern im weiteren Sinne, und zugleich

diesen Fälschungsfall nicht als bloßes Mittel zum Betruge im Sinne des Art. 352 auffaßt (Hufnagel, Str. G. B. ꝛc. S. 362, 381. Ziff. 2). Von einer Zuweisung der Privatfälschung an die Polizeistellen ist auch hier nicht die Rede. Wollte man auch darin das bisherige Recht abändern, so hätte es im Art. 10 der provis. Str. Pr. O. (analog dem angeführten Art. 8 des Strafcomp.-Gesetzes) heißen müssen: „soweit der (dadurch beabsichtigte oder bewirkte) Betrug die polizeiliche Strafgewalt übersteigt, und (zugleich) der bezirksgerichtlichen Strafbefugniß anheimfällt." Allein im Art. 10 steht nur die zweite Hälfte dieses Satzes, und die erste versteht sich nach Art. 57 des Pol. Str. G., wo der Fälschung gar nicht gedacht wird, keineswegs von selbst.

Aller dieser anscheinend noch so schlagenden Gründe ungeachtet muß vermöge der Analogie das Gegentheil behauptet werden, wenigstens in Beziehung auf einfache Privatfälschungen (Art. 356, 359), d. h. im Gegensatze der erschwerten Privatfälschung (Urkundenfälschung Art. 358), weil erschwerte Rechtsvergehen, wenn auch die Strafe in concreto innerhalb des oberamtlichen Strafressorts gelegen seyn mag, stets der Strafbefugniß der Polizeistellen (Oberämter) entzogen sind. Der Art. 359 des Str. G. B. sagt nämlich, daß einfache Privatfälschungen, und diese sind gesetzlich als Mittel zum Betruge im (engeren) Sinne des Art. 352 aufgefaßt „nach Maaßgabe der Bestimmungen über den Betrug zu ahnden sind." Es heißt also nicht bloß (wie z. B. im Art. 261. Abs. 2): mit der Strafe des Betrugs zu belegen (§. 6), sondern allgemeiner: nach den „Bestimmungen über Betrug" zu ahnden, so daß alle hinsichtlich des letzteren Verbrechens bestehenden Eigenthümlichkeiten (welche nach Art. 352. Abs. 3 u. 4 sehr bedeutend sind), folglich auch die Strafressortverhältnisse, und zwar um so mehr hier in Anwendung

kommen müssen, als dieselben von Einfluß auf den Begriff und Thatbestand der **gerichtlich** (im Gegensatze der blos polizeilich) strafbaren Handlungen (des Betrugs, Diebstahls ꝛc.) sind, die Analogie aber zur näheren Bestimmung eines lückenhaften Thatbestandes benutzt werden darf (§. 3). Sofern daher der Betrug nach den „Bestimmungen des Art. 321" zu beurtheilen ist (Art. 352. Abs. 2), d. h. auf seiner niederen Stufe dem polizeiamtlichen Strafressort unterliegt, so muß das Gleiche analog auch von der einfachen Privatfälschung gelten, obwohl es zweckmäßiger gewesen wäre, dies in dem Polizeistrafgesetze, oder wenigstens in dem Art. 10 der Str. Pr. O. auszudrücken. Bestätigt wird diese Ansicht noch dadurch, daß das Pol. Str. G. an einer andern Stelle, d. h. nicht in Verbindung mit Diebstahl, Unterschlagung und Betrug, einen, an den Art. 270 des Str. G. B. (dort unbedingt mit Arbeitshaus bedrohten) nahe angränzenden Fall der Fälschung, nämlich von Nahrungsmitteln mit gesundheitsschädlichen Stoffen aus unbewußter Fahrlässigkeit — während der Art. 270 eine bewußte voraussetzt — den **Polizeibehörden** zur Bestrafung überläßt; und wenn dieser, jedenfalls schwerste Fall einfacher Fälschungen dem Ressort der Oberämter zufällt, so muß dies vermöge des Schlusses a majori ad minus (analog) um so gewisser von weniger schweren Privatfälschungen gelten, wofern der durch dieselben beabsichtigte oder bewirkte Betrug (im letzteren Falle liegt Concurrenz vor) das polizeiliche Strafmaaß nicht übersteigt. Vgl. Comment. II. S. 1350, 1360. A. M. ist **Knapp**, das württ. Pol. Str. G. S. 77, welcher bemerkt: „daß ein **durch Fälschung** verübter Betrug (also auch Fälschung an sich, als Mittel zum Betrug) niemals, auch wenn der Schaden nicht mehr als 5 fl. betragen sollte, polizeilich zu ahnden sey, versteht sich von selbst, weil dieses Vergehen ... in dem Art. 57 des Pol. Str. G. nicht

erwähnt ist ꝛc." Hufnagel, Comment. III. S. 538 (vgl. auch dess. Str. G. B. ꝛc. S. 386. Ziff. 2) berührt bloß das Verhältniß der Bezirks- zu den Kreisgerichten, und äußert dabei irrthümlich: der Art. 359 sey nicht in den Art. 10 der Str. Pr. O. aufgenommen, und bilde auch kein besonderes Vergehen. Wenn das Gesetz die Privatfälschung mit selbstständigem Thatbestande (Art. 356) aufstellt, die erschwerte mit besonderer Strafe (Art. 358), die einfache mit der Strafe des Betrugs bedroht, folgt daraus wohl, daß einfache Fälschung und Betrug Ein Verbrechen seyen? dann müßten z. B. auch Versuch und Beihülfe (Artt. 85 fg.), Hoch- und Landesverrath (Artt. 140 fg.) und Verbrechen gegen den deutschen Bund (Art. 148) als Ein Verbrechen zusammenfallen. Vgl. Comment. II. S. 1361 fg.

Es kommt hier aber noch eine andere wichtige Frage über Analogie hinsichtlich der Ressortverhältnisse zur Sprache. Der schon im vorhergehenden Paragraphen erwähnte Art. 261. Abs. 2 (und übereinstimmend damit sogar der Art. 290 von Verläumdungen, Real-, Verbal- und symbolischen Injurien) macht nämlich bei einfachen (prämeditirten) Körperverletzungen die Beschränkung, daß das amtliche Verfahren eintreten soll, „wenn damit eine Störung der öffentlichen Ruhe und Ordnung" (ein sehr unbestimmter Ausdruck) verbunden war. Mit dieser Beschränkung ist freilich der Art. 261. Abs. 2 analog auch auf andere Arten einfacher Körperverletzung, nämlich die im Affect und in Raufhändeln verübten, anzuwenden. Darf aber vermöge der Analogie die gleiche Beschränkung auch bei andern Arten der Körperverletzung, z. B. culpose (Art. 267. Abs. 1), überhaupt bei allen nur auf Klage zu untersuchenden Verbrechen oder Vergehen, wo das Gesetz diese Beschränkung nicht macht, angewendet werden?

Hört man die Gründe, auf welchen nach der Aeußerung der Organe der Regierung in der K. d. A. die Bestimmung des Art. 261. Abs. 1 beruht, so sollte man meinen, daß diese Frage zu bejahen sey, und davon wäre die Folge, daß in allen solchen Fällen das Gericht (nach Art. 95 des Pol. Str. G. u. Art. 14 der Str. Pr. O.) das Hauptvergehen und die concurrirende polizeiliche Störung von Amts wegen zu strafen hätte, mithin die für letztere Uebertretung zuständige Polizeibehörde ihren Ressort stets an das Gericht verlieren würde. Die Zulässigkeit der im Art. 261 ausgesprochenen Beschränkung wurde nämlich in der K. d. A. lebhaft und wiederholt bestritten (Comment. III. S. 386 —88, 404, 406); allein die Regierung wollte darin nicht nachgeben, weil, wie die Organe der Regierung äußerten, beide Vergehen vermöge der Connexität zum Ressort der Gerichte gehörten, und bei dem nothwendigen amtlichen Einschreiten wegen der öffentlichen Ruhestörung es eigenthümlich und der Würde des Gerichts nicht angemessen wäre, wenn dieses sich darauf beschränken müßte, nur jene Uebertretung zu untersuchen, hingegen die Haupthandlung, die Körperverletzung, nicht untersuchen und strafen zu dürfen, weil deshalb nicht geklagt sey (Comment. III. S. 406). Dies paßt offenbar auf alle etliche und zwanzig Verbrechen und Vergehen, welche jetzt nur auf Klage untersucht und bestraft werden sollen, und die Aeußerung der Organe der Regierung harmonirt auch ganz mit dem Gedanken, welcher die einheimischen Strafproceßgesetze durchdringt, nämlich mit dem Gedanken, für die Aufrechthaltung des Ansehens und der Würde der Strafbehörden, wenn auch durch die auffallendsten Bestimmungen, z. B. Recursges. vom J. 1821 §. 22. Abs. 2, Str. Pr. O. Art. 142. Abs. 3, 188. Abs. 2, und nun gar Art. 14. Abs. 1, (wonach dem Angeschuldigten da, wo ihm selbst mehrere Jahre Kreisgefängniß,

Str. G. B. Art. 118, geschenkt wurden, niemals die Strafe wegen verletzter obrigkeitlicher Auctorität erlassen werden soll!) die möglichste Sorge zu tragen.

Gleichwohl muß man sich entschieden gegen alle analoge Anwendung der Artt. 261. Abs. 1. u. 291 (von Injurien) erklären, weil die Gründe, worauf jene Beschränkung beruhen soll, völlig verfehlt sind, und es ein Mißbrauch der Analogie wäre, dieselbe auf unvernünftige Bestimmungen in Anwendung zu bringen. Juristisch steht nämlich die Sache so: Wird wegen der Körperverletzung oder Injurie nicht geklagt, so fällt damit der Grund des Ueberganges beider Vergehen (des gerichtlichen und des polizeilichen) an das Gericht (als forum connexitatis) weg; mithin bleibt nur die polizeiliche Ruhestörung als polizeilich strafbares Vergehen übrig. Demgemäß wird sofort die Polizeibehörde einzuschreiten und die Sache so lange zu behandeln haben, bis Klage von dem Verletzten erhoben wird, wo sie dann die Sache an die Gerichtsbehörde abzugeben, sonst aber zu behalten hat. So wird und muß in allen, nur auf Klage zu untersuchenden Verbrechen und Vergehen, mit welchen eine polizeiliche Ruhestörung verbunden war, verfahren werden, mit alleiniger Ausnahme einfacher Körperverletzungen und Injurien, die sich in sofern hier sehr sonderbar ausnehmen, so hoch man auch im Uebrigen vermöge der bestehenden Gesetze „die Würde und Auctorität der Strafbehörden" anschlagen mag.

Es knüpft sich hieran noch die weitere Frage, wie es zu halten sey, wenn entweder mehrere nur auf Klage zu untersuchende Verbrechen, Vergehen oder Polizeiübertretungen, oder eine Concurrenz von theils von Amts wegen, theils nur auf Klage zu untersuchenden strafbaren Handlungen vorliegt? Für den ersten Fall wird man zu unterscheiden haben: entweder wird wegen sämmtlicher con-

currirender Handlungen nicht geklagt, dann kann überall nicht untersucht und gestraft werden (denn nirgend ist gesetzlich das Gegentheil ausgesprochen); oder es wird wegen des einen oder andern, sey es bei der Gerichts= oder der Polizeibehörde, wegen der übrigen hingegen nicht geklagt. Dann darf nur so weit untersucht werden als geklagt wird, da von einer analogen Anwendung des Art. 136 des Str. G. B. hier niemals die Rede seyn kann. Die Vorschrift dieses Artikels beruht nämlich darauf, daß bei der Theilnahme Mehrerer an einem Verbrechen (concursus ad delictum) es theils einen gehässigen Charakter annehmen würde, den einen Theil zu verklagen, hingegen den andern, eben so schuldigen, wo nicht schuldigeren, zu verschonen, theils die Untersuchung nicht getrennt werden könnte, d. h. zur Ausmittelung der Schuld des verklagten Theils sich nothwendig und vollständig mit auf den nicht verklagten Theil erstrecken müßte, der dann auch als Zeuge über das — von ihm selbst mitverübte — Verbrechen zu vernehmen wäre, was doch allen processualischen Grundsätzen widerstreiten würde. Vgl. Breidenbach, Comm. über das Großh. Hess. Str. G. B. I. Abth. 1 S. 668. Dies Alles paßt auf den Zusammenfluß mehrerer, nur auf Klage zu untersuchenden Verbrechen oder Vergehen derselben Person (concursus delictorum) nicht, vielmehr wird man umgekehrt sagen müssen: Vergessen und Vergeben habe doch seine Gränzen. Nun können freilich die concurrirenden Vergehen zufällig (sachlich) zusammenhängen, so daß die Untersuchung über das verklagte und nicht verklagte Vergehen nicht getrennt werden kann; allein jedenfalls treffen auch dann die übrigen Gründe, welche für den Art. 136 sprechen, hier nicht zu. Will man sagen: „es wäre doch etwas Eigenthümliches und die Würde des Richters Verletzendes, theilweise vergeblich (d. h. ohne ganz strafen zu dürfen) untersucht zu haben“,

so kann man nach dem Obigen dieses Argument auf sich beruhen lassen.

Schwieriger scheint die Beantwortung der zweiten Frage, indem die Concurrenz eines amtlich, mit einem nur auf Klage zu untersuchenden Verbrechen, Vergehen oder einer Polzeiübertretung, entweder die Erstreckung der Untersuchung und Bestrafung auf beide Delicte zur rechtlichen Folge haben, oder umgekehrt das Nichtklagen die Nichtbestrafung des sonst amtlich zu untersuchenden anderweitigen Vergehens nach sich ziehen kann. Von beiden Fällen kommen gesetzliche Entscheidungen vor. Dürfen sie aber analog weiter angewendet werden?

Bei dem ersten Falle befinden wir uns wieder auf dem kaum verlassenen Boden der Artt. 261. Abs. 2 u. 290, nur daß die Frage hier allgemeiner gestellt ist. Wenn aber schon, wie nachgewiesen wurde, aus diesen Artikeln nicht gefolgert werden kann, daß der concurrirenden Polizeiübertretung wegen auch das nur auf Klage zu strafende Verbrechen oder Vergehen amtlich strafbar werde (was ohnehin eine Umkehrung der sonst geltenden Regel, daß das Schwerere das Leichtere nach sich zieht, wäre): so können jene Artikel eben so wenig zu der Folgerung benutzt werden, daß bei einer Concurrenz von amtlich und nur auf Klage zu untersuchenden Verbrechen und Vergehen (also gerichtlich strafbarer Handlungen) der Richter beide von Amts wegen mit einander zu verbinden habe. Denn theils handeln die Artt. 261 und 290 gar nicht von diesem, sondern von einem Concurrenzfalle anderer Art, so daß es für die Gesetzes-Analogie an allem Anhalte fehlt; theils wäre es eine Verletzung des Rechts sowohl des Verletzten, welcher auf das Klagerecht verzichten durfte, und des Uebertreters, welcher aus jenem Verzichte ein Recht erworben hat, wenn der Richter ohne gesetzliche Autorisation so verfahren wollte. Gleichwohl fehlt

es nicht an Aeußerungen im entgegengesetzten Sinne, wogegen sich aber der Verf. bereits an verschiedenen Orten seines Commentars ausgesprochen hat. Kann eine theilweise Miterstreckung der Untersuchung auf das nicht verklagte Vergehen nicht vermieden werden, so folgt daraus noch nicht, daß es vollständig mit untersucht und bestraft werden muß; vielmehr nimmt jene (theilweise) Untersuchung nur die Natur einer Instruction für das von Amts wegen vollständig zu untersuchende und zu bestrafende Verbrechen an — ohne daß die Würde des Gerichts darunter leidet.

Eher könnte es sich umgekehrt davon handeln, daß (und damit gehen wir auf den zweiten Fall über) das Nichtklagen wegen des Hauptvergehens die Nichtuntersuchung des sonst von Amts wegen zu strafenden geringeren Delicts zur Folge habe, also das Schwerere das Leichtere nach sich zieht. Ein Beispiel hievon giebt Art. 50 des Pol. Str. G.: „Zusammenfluß des Ehebruchs mit andern Unzuchtsvergehen." Hier sind folgende Rechtssätze ausgesprochen: Klagt bei einem einfachen Ehebruch (im Gegensatze des doppelten Ehebruchs) der beleidigte Gatte nicht, so kann auch (Art. 136 des Str. G. B.) der unverheirathete Theil nicht gerichtlich wegen Ehebruchs bestraft werden, wohl aber, weil in dem Ehebruch jedenfalls einfache Unzucht gelegen ist, polizeilich mit der Strafe der Scortation belegt werden. Der nicht verklagte Ehegatte wird indeß auch mit dieser polizeilichen Strafe verschont. Es darf daher gegen ihn weder gerichtlich noch polizeilich eingeschritten werden, noch darf er auch nur, wenn anders der Zweck des Straf- u. des Pol. Str. G. nicht eludirt werden soll, von Polizeiamts wegen als Zeuge darüber vernommen werden. Nur dann ist der nicht verklagte Ehegatte polizeilich zu strafen, wenn er in Concubinat oder in gewerbsmäßiger Unzucht lebte, weil in so schweren Fällen

der Verletzung der Sittlichkeit die Rücksicht auf die Erhaltung des ehelichen Friedens und die Sorge für die Kinder in den Hintergrund treten müssen.

Von dieser Bestimmung ist in mehrfachen Beziehungen analoger Gebrauch zu machen. Erstlich: ist der nicht verklagte ledige Ehebrecher jedenfalls polizeilich wegen Scortation zu strafen, so muß dies vermöge des Schlusses a minori ad majus um so mehr von der Nothzucht und Verführung zur Unzucht (Art. 295—99) gelten, wenn keiner der Interessenten (Art. 289. Abs. 1) deshalb Klage erhebt; und eben so ist in dem Falle des Art. 310 zu entscheiden. Ob die Polizeibehörden an diese analoge Anwendung denken werden, ist freilich eine andere Frage. Daß aber die verletzte (mithin hier straffreie) Person noch weniger als Zeuge zu vernehmen sey, versteht sich von selbst. Zweitens wird man den Art. 50 analog auch auf die Entführung, Art. 278—79, in dem Sinne zu beziehen haben, daß wenn auch hier keiner der Interessenten klagt, die mit der Entführung verbundene Unzucht nur an dem Entführer, nicht an der Entführten bestraft werden darf, weil sonst der Grund und Zweck um dessenwillen hier, wie beim Ehebruch, nur auf Klage untersucht und gestraft werden soll, offenbar eludirt wurde. Oder wie? soll in dem viel schwereren Falle der Entführung einer Ehefrau mit concurrirendem Ehebruch, wenn der beleidigte Ehegatte wegen beider Verbrechen nicht klagt, nach Art. 305. Abs. 1 des Str. G. B. u. Art. 50 des Pol. Str. G. die Ehefrau von aller Strafe verschont bleiben, dagegen in dem minder schweren Falle der Entführung einer ledigen Frauensperson diese durch Bestrafung wegen concurrirender einfacher Unzucht doppelt oder dreifach so schwer bestraft werden? Hier zeigt sich gerade die Nothwendigkeit der Analogie, wenn nicht die Strafbehörde alle relative Proportion außer Acht lassen,

und nur blindlings nach dem Buchstaben strafen will, wie ja auch im §. 4 in einer Reihe von Beispielen nachgewiesen wurde, daß einer auf Analogie (hier auf dem Schlusse a majori ad minus) beruhenden Straflosigkeit rechtlich nichts entgegensteht.

Auf andere Fälle ist dies freilich nicht anwendbar. Denn der Satz: die Straflosigkeit des schwereren Falles zieht die des concurrirenden leichten Falles nach sich, ist im Allgemeinen falsch, was nicht erst eines besonderen Beweises bedarf. Aber eben so falsch ist, wie nachgewiesen wurde, das umgekehrte Prinzip, daß die Concurrenz eines amtlich strafbaren, an sich geringen Falles das amtliche Einschreiten wegen des nur auf Klage zu strafenden Hauptvergehens nach sich ziehe. Vielmehr bestehen hier, wie dort, beide Vergehen unabhängig von einander, wenn sie sich auch theilweise in der Untersuchung berühren können. Oder will man sich etwa dagegen auf die Bestimmung der, die bisherige schlechte Praxis bestätigende Str. Pr. O., Artt. 374 fg. berufen, daß wenn ein von der Instanz entbundener armer Schelm nur wegen der Verurtheilung in die Proceßkosten, oder ein wegen Verbrechenconcurrenz Verurtheilter theilweise gegen das Gesammterkenntniß recurrirt, das Recursgericht in beiden Fällen seine Prüfung auf das ganze Urtheil erstreckt, mithin in beiden Fällen *in pejus* reformiren darf? Denn wenn hier der Richter etwas in seine Beurtheilung zieht, was er nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen nicht darf, wie sollte er es nicht auch in ähnlichen Fällen thun dürfen? Aber soll die Analogie in der Weise mißbraucht werden, daß sie unvernünftige und rechtswidrige Bestimmungen des Gesetzes noch weiter führte, so gäbe es nichts Schlimmeres als sie — zum Beweise, daß der Richter nicht blos wissen soll, was das Gesetz bestimmt, sondern auch, wie das Gesetz vom allgemeinrechtlichen Standpunkte zu beur-

theilen sey, worauf der Verf. in seiner Schrift: Die deutschen Strafrechtssysteme, auch in andern Richtungen verwiesen hat.

Endlich muß man auch die Fälle, wo mit einem nur auf Klage zu untersuchenden Verbrechen eine Polizeiübertretung wirklich, und wo sie nur scheinbar concurrirt, wohl unterscheiden. Wenden wir dies sogleich auf einen bestrittenen Fall an. Der schon in andern Richtungen (§. 7 u. 8) erwähnte Art. 267. Abs. 1 spricht von culposen Körperverletzungen, welche begangen werden „aus Unvorsichtigkeit, oder Ungeschicklichkeit", während der correspondirende Art. 250 von der culposen Tödtung die Formel hat: „aus Nachlässigkeit, Unvorsichtigkeit, Ungeschicklichkeit, oder Uebertretung der (einer) polizeilichen Vorschriften (Vorschrift)", was sich freilich von selbst versteht, und daher auch auf Art. 267 zu beziehen ist. Nun setze man: A verursacht dem B durch Uebertretung einer polizeilichen Vorschrift eine schwere Verletzung, die im Falle der culpa dolo praemeditato determinata mit 20 Jahren Zuchthaus (Art. 260. Ziff. 1) zu belegen wäre, aber nach Art. 267 Abs. 1 nur mit 2 Jahren Gefängniß bestraft werden kann. B klagt aber nicht, mithin wird dem A eine zweijährige Gefängnißstrafe geschenkt, während er eigentlich das Doppelte oder Dreifache verdient hätte. Soll er aber nun nicht wenigstens mit einigen Tagen oder Wochen Arrest wegen concurrirender Polizeiübertretung bestraft werden? Dies wird gewöhnlich angenommen, also damit, wie in anderen Fällen, ausgesprochen: zwar große Strafen schenkt das Gesetz, aber unbedeutende damit concurrirende Strafen niemals. Dies müßte man sich freilich gefallen lassen, wenn hier eine wirkliche Concurrenz vorläge, weil, mit Ausnahme der Artt. 261. Abs. 2. u. 290, die Polizeiübertretung ihre selbstständige Natur beibehält. Aber sie ist hier nur eine scheinbare, indem es sich von solchen Po-

lizeiübertretungen handelt, die das Gesetz mit Rücksicht auf die schädlichen Folgen, welche daraus für Leben oder Gesundheit entspringen können, also zur Vermeidung von culposer Tödtung, Vergiftung oder Körperverletzung, mit Strafe bedroht hat. In sofern gehören sie zu den s. g. formellen Vergehen, d. h. denjenigen, zu deren Consummation kein rechtswidriger Erfolg erfordert wird. Solche kommen häufig auch (nach dem Str. G. B. nur zu häufig) als gerichtlich strafbare Verbrechen und Vergehen vor, wo dann im Falle eines eingetretenen Erfolgs je nach den Umständen die Strafe höher ausgemessen wird, oder eine Verbrechenconcurrenz eintritt. Bei den Polizeiübertretungen der gedachten Art verhält es sich dagegen vermöge gesetzlicher Bestimmung anders. Sobald nämlich aus einer solchen Uebertretung ein, auch im Falle der culpa gesetzlich strafbarer Erfolg (Art. 58 u. 138 des Str. G. B.) hervorgegangen ist, geht die Polizeiübertretung in eine gerichtlich strafbare Handlung (culposes Vergehen) über, und hier wird der Richter zwar den Umstand, daß derjenige, welcher in re illicita eine culpose Verletzung zufügte, strafbarer sey als derjenige, welcher sich in der Ausübung einer erlaubten Handlung befand, als Strafzumessungsgrund berücksichtigen, nicht aber eine eigentliche (hier ideale) Concurrenz annehmen, die daher für den Fall, daß wegen des Hauptvergehens nicht geklagt wird, ihre rechtliche Bedeutung erhielte. So z. B. bedroht der Art. 39 des Pol. Str. G. das fahrlässige Umgehen mit Gift, wenn daraus keine Beschädigung hervorging, mit Arrest bis zu 6 Wochen, während, wenn in Folge davon eine Beschädigung (Gesundheitsverletzung) entstand, nach Art. 289. Abs. 2 gerichtliche Strafe eintritt. Wer wollte wohl aber im letzteren Falle eine strafbare Concurrenz beider Vergehen annehmen? Eben so heißt es in Artt. 281 u. 282: die Nöthigung und (gefährliche) Drohung soll so

und so bestraft werden, wenn nicht die Handlung in ein schwereres Verbrechen übergeht. Wer wollte auch hier im letzteren Falle eine Concurrenz z. B. von Nöthigung mit Menschenraub oder mit Entführung, oder von Drohung mit Raub oder Erpressung rc. annehmen? Kurz: wenn eine Polizeiübertretung in ein Verbrechen oder Vergehen übergeht, so verliert sie dadurch ihre Eigenschaft als Polizeiübertretung; und sie geht in ein Verbrechen oder Vergehen über, wenn aus ihr ein, im Str. G. B. mit Strafe bedrohter rechtswidriger Erfolg hervorging, weil gesetzlich zu ihrem (nur auf Verhütung berechneten) Thatbestande ein Nichterfolg vorausgesetzt wird — man möchte denn in Unterscheidung eines s. g. wesentlichen und außerwesentlichen Thatbestandes behaupten wollen, das Verbrechen oder Vergehen gehöre zum außerwesentlichen Thatbestande — einer Polizeiübertretung, was keiner Widerlegung bedarf. Zwar könnte man sagen: es lasse sich doch bei der Polizeiübertretung ein Moment denken, wo der Erfolg noch nicht eingetreten sey, und in und mit diesem Momente sey die polizeiliche Strafe verwirkt; allein dies beweist zu viel (mithin nichts), weil dann bei jedem vollendeten Verbrechen auch die verschiedenen Stufen des Conats eine Concurrenz von Verbrechen und Strafen begründen müßten. Vgl. Comment. III. S. 246, 252, 471.

§. 9.

VIII. Die Analogie in Beziehung auf eine ganze Gesetzgebung. Kann, so fragt es sich hier, von der Analogie gar in dem Umfange Gebrauch gemacht werden, daß nicht nur einzelne Bestimmungen eines G. B., sondern auch ganze Abschnitte, Kapitel, Titel, ja der ganze Inhalt einer Gesetzgebung auf andere, zunächst für sie nicht bestimmte, Verhältnisse in Anwendung komme? Auch diese Frage ist zu bejahen.

Beispiele gewähren erstlich: der Art. 108 des Pol. Str. G., wo es heißt: „die Bestimmungen des Gesetzes über die civilrechtlichen Folgen der Verbrechen und Strafen finden auf polizeiliche Uebertretungen gleichfalls analoge Anwendung" — analog, weil jenes Gesetz (vom 5. Sept. 1839), wie schon der Name desselben ergiebt, nur für Verbrechen und Vergehen (Art. 1 des Str. G. B.) berechnet ist. Indeß kann diese Analogie, wie sich von selbst versteht, nicht weiter reichen, als es sich eines Theils von solchen Verbrechen und Vergehen handelt, welche entweder gemeinschaftlich (als Polizeiübertretungen mit criminellem Charakter, und gerichtlich strafbare Verbrechen und Vergehen) zum Strafressort der Polizei- und der Gerichtsbehörden gehören, wie Diebstahl, Unterschlagung, Fälschung, Betrug, Ehrenkränkung, widerrechtliche Sachbeschädigung, oder exclusiv unter beide Behörden getheilt sind, wie Wilderei und Verletzung des Jagdrechts auf der einen, und Jagdexcesse auf der andern Seite; und andern Theils, als es sich von Strafen handelt, welche zum gemeinschaftlichen Ressort beider Strafbehörden gehören, was z. B. nicht von entehrenden Strafen gilt, auf welche nur die Gerichte erkennen dürfen. Dagegen tritt die Bestimmung des Art. 108 bei allen Polizeiübertretungen, also auch da ein, wo die Gerichte nach erschöpftem Maaße der Polizei- und anderer administrativen Strafbehörden ꝛc. (P. G. Art. 94, 95. Abs. 1) auf Strafe zu erkennen haben.

Ein zweites Beispiel gewährt der Art. 107 des Pol. Str. G., welches bestimmt: „Im Uebrigen finden die in dem Str. G. B. für die Bestrafung der Theilnahme und der Begünstigung aufgestellten Grundsätze, so wie die für die Zurechnung und Zumessung der Strafen und für den Verzicht auf die Klage ertheilten allgemeinen Vorschriften auch auf die in dem gegenwärtigen Gesetze aufgeführten

Uebertretungen analoge Anwendung" — also, wenn man — freilich mißbräuchlich — den Begriff der Theilnahme im weitesten Sinne (d. h. mit Inbegriff der bloßen Mitwisser eines bevorstehenden oder verübten Verbrechens) nimmt, die Artt. 74—94, Art. 95—128, 134—37 des Str. G. B., wie solche auch Knapp in seinem Pol. Str. G. mit Erörterungen S. 152—159 aus dem Str. G. B. hat abdrucken lassen. Allein dies ist viel zu beschränkt. Es liegt im Geiste des Pol. Str. G., oder in dem Zwecke, für welchen diese Gesetzgebung erlassen wurde (nämlich für alle schweren, oder doch wichtigeren Uebertretungen, an die Stelle der bisherigen Willkür oder absoluter (Legal-) Strafen, der gerichtlichen Bestrafung analoge Normen zu setzen), daß auch die übrigen Bestimmungen des Str. G. B., so weit sie einer analogen Anwendung auf Polizeiübertretungen fähig sind, und zwar nicht nur die Bestimmungen des allgemeinen Theils desselben, namentlich Artt. 2—7 (Einleitung), 21—24 (zu Art. 98 des Pol. Str. G.), 25 (zu Art. 99) u. 26, 36. Abs. 2, 37—40. Ziff. 4 (sämmtlich das Strafensystem betreffend), 50 (Verwandlung der Gefängnißstrafe), 55 fg. (Vorsatz, Fahrlässigkeit, Vollendung; Versuch), sondern auch die des besonderen Theils, so weit es von gemeinschaftlich strafbaren Verbrechen handelt, und nach der bisherigen Ausführung die Analogie überhaupt zulässig ist, in analoge Anwendung gebracht werden sollen. Vgl. Mohl, das württ. Pol. Str. G. S. 33 fg. (Anhang zum Crim. Archiv 1840), Knapp a. a. O. S. 133—34, Sarwey Monatsschrift Bd. 4. S. 476 fg.

Endlich auch könnte die provisorische Str. Pr. O. — wenigstens provisorisch — hinsichtlich des modus procedendi den Polizeibehörden zur analogen Anwendung dienen, soweit nicht, wie sich von selbst versteht, die eigenthümliche Natur der Polizeiübertretung entgegen-

steht — eine Clausel, die aber in vielen Fällen, und zwar nicht nur bei denjenigen Verbrechen, welche je nach ihrer Stufe oder Schwere unter die Polizei- und die Gerichtsbehörden getheilt sind, sondern überhaupt bei allen schweren Polizeiübertretungen, welche von den Kreisregierungen mit Freiheitsstrafe bis zu 3 Monaten geahndet werden dürfen, hinwegfällt. Denn wenn selbst bei Vergehen, wo der Gegenstand des richterlichen Urtheils nur 1 Gulden Geld- oder 24 Stunden Bezirksgefängnißstrafe ist, das in der Str. Pr. O. vorgeschriebene Verfahren von der Gerichtsbehörde streng eingehalten werden soll, wie sollte es nicht in jenen weit schwereren Fällen auch von den Polizeibehörden eingehalten werden müssen? Schon die Commission der K. d. A. v. J. 1838 (XII Beil.-Heft der K. Verhdlgg.) bemerkte in ihrem Bericht über den Entw. des Pol. Str. G.: „Ueber das ganze Verfahren sowohl der Bezirks- als der Kreispolizeistellen besteht unseres Wissens keine andere gesetzliche Bestimmung, als der Satz im §. 99 des Verwaltungs-Edicts: „In allen, nach diesen oder den nächstfolgenden Bestimmungen zu höherem Erkenntnisse geeigneten Fällen hat der Oberamtmann 2 Gemeinderaths-Mitglieder als Scabinen zu der Untersuchung beizuziehen". Alles Uebrige ist dem Gutdünken der untersuchenden und erkennenden Behörde überlassen. Nun vermögen wir aber keine Gründe aufzufinden, aus denen eine Strafgerichts-Ordnung für die Polizei-Strafbehörden unmöglich oder überflüssig seyn sollte; vielmehr meinen wir, es müsse Jedem einleuchten, daß alle Gründe, aus welchen die Gesetzgebung den Justiz-Strafgerichten ihr Verfahren vorzeichnet, bei den Polizei-Strafgerichten mit doppeltem Gewichte eintreten, (theils vermöge der abhängigen Stellung dieser Behörden, theils) weil die schon bedeutende Competenz der Polizeibehörden nach dem Entw.

des Pol. Str. G. auf noch mehr Handlungen erstreckt werden soll, so daß nicht behauptet werden kann, daß die Gegenstände der Polizei-Strafbehörden nur Bagatellsachen seyen, für welche es keiner schützenden Formen bedürfe ꝛc."

Der hierauf gestützte Antrag der Commission: „die Staatsregierung um Einbringung einer Ordnung für das Verfahren der Polizeistrafstellen zu bitten", blieb indeß auf sich beruhen, da, ungeachtet fast zwanzigjähriger Vorarbeiten, es noch an einer Ordnung für das Verfahren der Justiz-Strafstellen fehlte. Nun ist sie da, und die Polizeistellen könnten sie wenigstens analog benutzen. Allein ist schon das Studium und die richtige Anwendung dieser überaus complicirten Pr. O. für unsere Bezirksgerichte eine schwierige Aufgabe, so ist die Frage: wie weit sie einer analogen Anwendung auf Polizeiübertretungen fähig sey, eine noch schlimmere Aufgabe, deren befriedigende Lösung man den Oberämtern, die aller gebotenen juristischen Studien ungeachtet doch nur halbe Juristen sind, unmöglich zumuthen kann, wie denn auch vielfach in den Verhandlungen der K. anerkannt wurde, daß man die Polizeistellen unmöglich an die schützenden Formen binden könne, welche die Str. Pr. O. z. B. hinsichtlich der Verhaftung, der Haussuchnug ꝛc. aufstelle, auch wenn es sich von der Ausübung der s. g. Criminalpolizei, d. h. von einer Unterstützung der Gerichte bei Verbrechen und Vergehen handle — so daß in dieser Beziehung ein Dorfschultheiß und Landjäger (und von diesen verlangt man gar keine Jurisprudenz) mehr Macht besitzen als der Bezirksrichter.

Doch damit genug, und schließlich nur noch folgende Bemerkung. Der Verf. ist sich bewußt, in dieser Abhandlung zwar nicht alles erschöpft, aber doch einen reichen, vom Standpunkte der neuen Gesetzgebungen eben so wichtigen als interessanten Stoff gegeben zu haben, wel-

cher gewiß einer weiteren Ueberlegung und Besprechung werth ist. Mögen daher auch andere Stimmen sich über diese Fragen vernehmen lassen, welche in unserer — freilich noch jungen — Praxis seither nicht die Anerkennung gefunden haben, die ihr unzweifelhaft zukommt. Daß mit den seither besprochenen Richtungen die Sache nicht erschöpft sey, vielmehr die Analogie auch noch sonst zur Ausfüllung vorhandener Lücken des Str. G. B. dienen werde, läßt sich freilich schon von vorn herein erwarten. Denn Lücken des G. B. können auf die mannigfachste Weise gedacht werden, und es wäre unmöglich, sie vollständig zu classificiren. Beispiele sind leicht zu geben. So z. B. ist der Art. 70 analog auf die dort übersehene Entziehung eines öffentlichen Gewerbebetriebs anzuwenden (Comment. I. S. 522 Anm., Hufnagel, Str.G.B. rc. S. 67. Ziff. 2); ferner die Skala des Art. 113 auf die übrigen allgemeinen Milderungsgründe der Strafe (Art. 5, 96, 98) analog anzuwenden, und die in jenem Art. hinsichtlich des Verlustes des Gewerbebetriebs enthaltene Lücke nach Analogie des Art. 70 auszufüllen (Comment. I. S. 680 Anm. 1, S. 474 Anm. 11). Eben so ist die Frage, ob, wenn im Gnadenwege die zuerkannte Todesstrafe in Zuchthausstrafe verwandelt wird, die infamirenden Folgen des Zuchthauses den Begnadigten treffen, da diese gesetzlich nur in Folge einer gerichtlichen Verurtheilung eintreten, nach Analogie des im Art. 129 Abs. 2 von der Verjährung erkannter Strafen eingeschalteten Art. 9 zu bejahen (Comment. I. S. 935, Breidenbach, Comment. I. S. 324); ferner das Ende der Frist für diese Art der Verjährung analog nach Art. 132 Abs. 1 von der Untersuchungs- (oder Proceß-) Verjährung zu berechnen, wonach dies coeptus pro completo habetur; und wenn die Strafen-Verjährung durch ein neues Verbrechen unterbrochen wird, so ist eine neue

Frist (also für das alte und neue Verbrechen zugleich) nach Analogie des Art. 132. Abs. 4 zu berechnen rc. rc.

Alle diese Sätze zeigen nicht nur, von welcher — umfassenden — praktischen Wichtigkeit die Analogie vom Standpunkte der neueren Gesetzgebungen ist (und sie alle enthalten mehr oder minder Lücken), sondern sie dienen zugleich dazu, den wesentlichen Unterschied zwischen der analogen Anwendung der Strafgesetze zur Ausfüllung vorhandener Lücken, von der blos ausdehnenden Auslegung der Strafgesetze, wo der Gesetzgeber dem Wortlaute nach nur weniger sagte als er sagen wollte (§. 1), mithin keine wirkliche Lücke ließ, gehörig zu veranschaulichen.

VII.

Ueber Fälschung und Betrug.

Mit Beispielen.

Von

Herrn Dr. von Jagemann,

Justizministerialrath in Karlsruhe.

Die Theorie vermag über den Unterschied von Fälschung und Betrug schneller ins Reine zu kommen, als die Praxis, sofern sie vornehmlich daran fest hält, daß zum Thatbestand der ersteren nicht wie zu dem des letzteren die Beschädigung eines Andern gehöre, vielmehr die Fälschung schon durch den dolosen Gebrauch der falschen Urkunde vollendet sey [1]). Dies ist durchaus richtig und von allen neueren Gesetzgebungen anerkannt: aber da eine Handlung, welche vom Beginne an Fälschung war, diesen Charakter auch dann behält, wenn sie weiter, als zur Strafbarkeit nöthig, nämlich bis zur wirklichen Beschädigung gediehen ist, so entsteht in allen diesen Fällen die Gefahr einer Grenzverwirrung der Begriffe, zu deren Lösung viel Umsicht nöthig wird.

1) v. Feuerbach, Lehrb. d. peinl. Rechts, 13te Aufl. §. 414. Bauer, Lehrbuch des Strafrechts, 2te Aufl. Göttingen 1833. §. 272. Werner, Handbuch oder Commentar des peinlichen Rechts. Hadamar 1820. §. 705. S. dagegen: Escher, die Lehre von dem strafbaren Betruge und von der Fälschung. Zürich 1840. S. 317. Cucumus, von dem Unterschiede zwischen Fälschung und Betrug; im N. Archiv des Criminalrechts Bd. X. Abh. XX. v. Preuschen, Beiträge zur Lehre vom strafbaren Betruge und der Fälschung. Gießen 1837. §. 11.

Ein Grundmerkmal, worin Fälschung und Betrug übereinkommen, ist die rechtswidrige Entstellung der Wahrheit; sie setzen an die Stelle der Wahrheit etwas Falsches. Darum wären beide wohl am richtigsten unter dem Titel: „Falschheit"[2]) zusammenzufassen. Die Römer verstanden unter falsum ebenfalls die Fälschung im weitern Sinne, d. i. jede Wahrheitsfälschung[3]). Da man aber dem Ausdruck Fälschung allmählig eine engere Bedeutung beilegte, so erklärt sich leicht, daß man das römische Falsum unrichtig auffaßte. Heutzutage versteht man unter Fälschung gewöhnlich nur die an einer Sache, an einem körperlichen Gegenstande, vorgenommene Wahrheitsentstellung, und schließt somit die Fälschung von Gedanken, Worten und Vorstellungen aus, welche als Hintergehungen, Prellereien, Betrügereien gelten.

Nach jetzt herrschender Volksansicht scheint daher umgekehrt der Betrug der allgemeine Begriff zu seyn, mithin auch die Sachfälschung zu umfassen. Man hört als den Wurm des bürgerlichen Verkehrs nie die Fälschung bezeichnen, sondern die Sprache glaubt mit: „Dieb und Betrüger"[4]) Alles gesagt zu haben.

Da also das römische Falsum nicht Fälschung im deutschen, und der deutsche Betrug nicht Stellionat im römischen Sinne ist, so muß man sich, um beide Verbre-

---

2) Heffter, Lehrbuch des Criminalrechts, 2te Aufl. Halle 1840. §§. 381—393. gebraucht diesen Ausdruck im weitern Sinn für alle „Wahrheitsentstellungen zur rechtswidrigen Täuschung Anderer" und unterscheidet dann Falschheit im engern Sinn (Fälschung ꝛc.) und hinterlistiges Benehmen. (Stellionat ꝛc.). Diese Anordnung verdient Nachahmung.

3) Marezoll, das gemeine deutsche Criminalrecht. Leipzig 1841. S. 444.

4) Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft. Neustadt 1836. S. 289.

chen genau zu scheiden, entschließen, von dem Sprachgebrauch vorläufig abzusehen, und erst nach Aufstellung des wahren juristischen Begriffs den entsprechenden Ausdruck zu finden trachten.

Eine Gesetzgebung, welche jenes gemeinschaftliche Merkmal der „Wahrheitsentstellung" an die Spitze stellte und die Urkundenfälscher, Maß- und Gewichtsfälscher, Münzfälscher, Meineidigen, Statusfälscher, die Calumnianten, Prävaricatoren, und endlich auch die Betrüger in Verkehrsverhältnissen, als Arten dieses Verbrechens unmittelbar auf einander folgen ließe, dürfte wohl des Verdienstes sicher seyn, daß man nicht auf die Meinung verfallen könnte, als sey bei dem Einen die Wahrheitspflicht, bei dem Andern Respectirung des Eigenthums [5]) die Hauptsache, als stehe der Schutz der Gerichts- und Handelsformen, des Münzregals, der Standesrechte und des Ehrgeizes über dem Gebote der Redlichkeit und Aufrichtigkeit im Privatverkehr, worin doch Jahrhunderte hindurch die Deutschen, wenn auch ohne Criminalgesetze gegen den Betrug im engern Sinne, die Grundveste alles bürgerlichen Zusammenlebens, ja die höchste Nationaltugend [6]) erkannten, von welcher abzufallen eine schimpfliche That war, gleichviel ob Vermögensbeschädigung damit verbunden war oder nicht.

So wurde ehedem als Verbrechen der „Verrätherei" die Handlung bestraft, durch welche Jemand, insbesondere der Herr, der Bettgenosse oder ein Blutsverwandter an Leib, Leben oder Gut verrathen, d. h. in

---

5) Faßt man ein Verbrechen nur von der Seite des reellen Gewinnes und Verlustes, so läßt sich erwarten, daß es leichtfertiger begangen wird, als wenn der Gesichtspunkt der Tugend an die Spitze gestellt wird. Keine terrestren Interessen verletzt man unbedenklicher, als moralische.

6) Tacitus giebt den Deutschen (Cap. 21. 26.) das ehrende Zeugniß, daß sie weder Hinterlist noch Wucher kannten.

Feindesgewalt [7]) überliefert wurde. Darin lag ein Gefühl für Biederkeit und Treue, welches man heutzutage mit Unrecht in Gesetzbüchern ignoirt [8]). Es entgeht zwar Keiner, der zur Vollführung eines Verbrechens behülflich ist, der Strafe; allein er wird nur als Nebenperson angesehen, während er nach älteren Begriffen als selbständiger Verbrecher zu behandeln war; und wenn die Unternehmung des Dritten, wozu er die Hände bietet, nicht an und für sich die Merkmale eines Verbrechens trägt, so entgeht er aller Rüge.

Der vorspringende Charakter aller in die Gattung der Wahrheitsentstellung fallenden Thaten ist jedoch auch nach germanischen Rechtsbegriffen derjenige der Fälschung, wie aus der Carolina Art. 110—115 [9]), noch mehr aber aus der Bambergensis Art. 133 — 140 [10]) hervorgeht, da sie neben einander die Verbrechen der Calumnie, Münz-, Siegel-, Urkunden-, Maß- und Gewichtsfälschung, Grenzsteinverrückung und Prävarication aufzählen, und bemerkenswerth ist dabei, daß diese Verbrechen unmittelbar nach den in jenen Zeiten für die schändlichsten gehaltenen Religionsverbrechen folgen. Die Rücksicht der Vermögensbeschädigung kam erst in dritter Linie, und nur als Gefährdung der Sicherheit in Haus und Hof, in Betracht; denn dazwischen stehen noch die Verbrechen gegen Leib und Leben, und zum Beschluß erst „volgen etlich artickel vom diebstall."

Diese Auffassung der Vergehen gegen Mitbürger erklärt leicht das Uebergehen des Betrugs in einem Criminal-

7) Nach Tacitus a. a. O. (Cap. 12.) wurden „proditores" bei den Germanen zu den schwersten Verbrechern gezählt.

8) Marezoll a. a. O. §. 154. Zöpfl, das alte Bamberger Recht. Heidelberg 1839. S. 117.

9) Böhmer, Meditationes ad C. C. C. Art. 112. §. I.

10) Zöpfl a. a. O. §§. 31. 32.

codex, welcher zunächst nur die Grundsäulen des Staats, Gottesfurcht, Treu' und Glauben im öffentlichen Verkehr, Ruhe und Sicherheit wahren will: denn der Betrug ist weder mit Fälschung, noch mit Diebstahl zusammenzustellen, weil er von jener nicht das Merkmal des Mißbrauchs einer vom Staat approbirten documentarischen Form [11]), und von diesem nicht das Merkmal der Heimlichkeit und des Hausfriedenbruchs hat; der Betrug also keine Treulosigkeit [12]) im eminenten Sinn, weil er sich einfacher Versicherungen oder Verheimlichungen und keines Schilds der Gesetzmäßigkeit bedient; seine Haupttendenz geht auf widerrechtliche Entziehung eines fremden Gutes mit erschlichener Einwilligung des Eigenthümers; es war daher, ähnlich der doli actio und stellionatus persecutio, die Verfolgung auf Privatklage gestellt, da es Jedem überlassen bleiben muß, in wiefern er sich, als Opfer der Ueberlistung im gemeinen Handel und Wandel, Genugthuung verschaffen will. Das deutsche Recht, so sehr es sich sonst dem römischen anschloß, blieb hierin sogar einen Schritt zurück, indem es Pönalklagen gar nicht, sondern nur Entschädigungsklagen zuließ.

Allerdings verdient diese legislative Auffassung des Betrugs keine Nachahmung, noch weniger aber die der neuen gemeinrechtlichen Praxis, wonach Betrug, wie jedes

---

11) Escher a. a. O. S. 320.

12) Dies gilt vom öffentlichen wie vom Privatrecht, vom Verwaltungs= wie vom Civilrecht. Es gehören also namentlich auch die Fälschungen von Pässen und Certificaten hierher. Carpzov, Pract. Rer. crim. Quaest. XCIII. Obs. II. No. 72. und Boehmer, Medit. ad C. C. C. S. 289. gehen jedoch zu weit, wenn sie auch falsche Atteste von Bettlern in den Begriff des Falsums einschließen; weil es nichts Rechtswidriges ist, das Mitleid und die Mildthätigkeit durch Kunstgriffe zu erregen. Vergl. Bauer, Lehrb. d. Strafrechts §. 279. Anm. d. v. Preuschen a. a. O. §. 5.

13) Henke, Handbuch des Criminalrechts, Bd. III. §. 5.

andere Verbrechen, von Amts wegen zu verfolgen ist [14]). Er soll mit Criminalstrafe belegt, der Proceß jedoch davon abhängig gemacht werden, ob der Betrogene darauf anträgt. Eine Anzeige des letzteren ist als Vorbedingung der Einschreitung aus verschiedenen Gründen erforderlich, vorzugsweise deßhalb, weil es Sache der eignen Beurtheilung ist, ob man bei einem Geschäfte benachtheiligt, oder doch in dem Grade beschädigt worden sey, daß man die Mißlichkeit eines Criminalprocesses [15]) eingehen will; die Anzeige soll jedoch keine Gefahr für den Anzeiger involviren, da es der Behörde frei steht, ob und in wiefern sie ihr Folge geben zu müssen glaubt. Die Untersuchung ist immer von Amts wegen zu führen, und wenn sie nicht das Ergebniß einer Ueberweisung und Vermuthung liefert, den Staat in die Kosten zu verfällen. Der vorherrschende Charakter der betrügerischen Uebereinstimmung bleibt überall die Verletzung der *publica fides* [16]). Urkundenfälschung enthält dieselbe, wie vorhin bemerkt wurde, zu allermeist; aber auch Betrügereien ohne solche Fälschung können die publica fides bedrohen; dies läßt sich behaupten, so oft ein concessionirtes Gewerbe [17]), namentlich mit Gegenständen, deren Kenntniß nicht Jedermann gegeben ist, zu Hintergehungen benutzt, oder eine

---

14) Escher Lehre vom Betruge ꝛc. S. 59.

15) Mancher Anzeiger würde die Anzeige unterlassen haben, wenn er voraus gewußt hätte, welche Opfer an Zeit, Auslagen und welcher Verdruß ihm deßhalb erwachsen, besonders in Gerichtsbezirken, wo die Beamten rücksichtslos die Geschäfte vervielfältigen und die Leute zehnmal, statt einmal und vollständig, vernehmen. v. Jagemann, in der Zeitschrift für deutsches Strafverfahren, Bd. I. S. 28—34.

16) Escher, Lehre vom strafbaren Betrug und von der Fälschung S. 316.

17) Mittermaier's Note III. zu v. Feuerbach Lehrbuch §. 411.

in bürgerlichen Gesetzen als verbindlich anerkannte Vertragsform zum Deckmantel der Betrügerei gebraucht wird. Aber auch nur unter diesen das öffentliche Interesse berührenden Voraussetzungen sollte von einem Verbrechen des Betrugs die Rede seyn, und Alles, was diesseits der gedachten Grenzen liegt, der Schadloshaltung im Civilwege überlassen bleiben. Denn es hat etwas Gehässiges, Personen, mit denen man ohne Furcht und Zwang Verträge abschloß, hinterher durch Criminalanzeige zu belangen, und es darf der Angeschuldigte, so lange nicht Kunstgriffe [18]) behauptet werden, vermöge welcher das ganze Rechtsgeschäft eingeleitet und in den Grundlagen verfälscht wurde, billigerweise entgegnen, daß die Uebervortheilung nur Nebenpunkte [19]) betreffe, und ohne freiwillige Mitwirkung des Klägers nicht zu Stande gekommen wäre. Nicht nur die lebhafte Bewegung des Handels würde unter allzu häufigem Dazwischentreten der Strafgewalt leiden, sondern es erhielte dadurch auch der Leichtsinn [20]) einen Vorschub, indem er die Strafgerichte stets zur Ausgleichung des Versäumten und Verschobenen im Hintergrunde wüßte.

So oft daher von einem Vertrag anzunehmen ist, daß er auch ohne die angewandte List zu Stande gekommen wäre, so oft der Betrug nur in Nebenpunkten ausgeübt ist, so oft endlich im Vollzug des Vertrages Täu-

---

18) Dieselben können eben sowohl die Identität und Legitimation der Personen, als das Object des Vertrages betreffen. **Stübel**, die Nichtigkeitsbeschwerden, in den Blättern für Justiz und Verwaltung Bd. II. S. 110—175.

19) Wie z. B. Versicherungen über Ursprung, Realwerth, Zusammensetzung einer Sache.

20) Damit hängt die römische Bestimmung zusammen, wonach „magna et evidens calliditas" (L. 7. §. ult. D. IV. 3. dolo malo) im Benehmen des Betrügers erfordert wird, um *ihn des* Stellionats anklagen zu können.

schungen unterlaufen, sollte man nicht von criminellem Betrug sprechen; überhaupt wäre zu empfehlen, daß dergleichen Untersuchungen nicht leichterdings, sondern erst nach sorgfältiger Prüfung der Elemente des Thatbestandes, der Natur der denunciirten Kunstgriffe, des Intelligenzverhältnisses zwischen Betrüger und Betrogenem, wie auch des wirklichen oder möglichen Schadenbetrages, eingeleitet [21]), und im Zweifel alle Anzeigen und Anklagen dieser Art zurückgewiesen würden.

Hiernach sollten die Verbrechen der Fälschung und des Betrugs [22]) unter Einem Titel, nämlich unter dem der Wahrheitsfälschung (Falschheit) vorgetragen und dabei nur folgende Unterscheidungen gemacht werden:

I. Fälschung von Staats- und autorisirten Creditpapieren, von öffentlichen Urkunden, Zeugnissen, Pässen u. s. w.

II. Fälschung von Privaturkunden [23]) in einer Form, welche der rechtsbegründenden ähnlich ist.

III. Betrug in Vertragsverhältnissen mit der eben angedeuteten Beschränkung und mit Beschädigung, jedoch ohne Gebrauch falscher Urkunden von vorstehenden Arten I und II.

---

21) v. Jagemann, Handb. der Untersuchungskunde, Bd. I. (Frankfurt 1838) §. 10. Bd. II. (Frankf. 1841) S. 21. Anm. 1.

22) Marezoll, Criminalrecht §§. 145 fg. stellt sie in demselben Capitel zusammen; auch Abegg, Lehrb. der Strafrechtswiss. §. 192 fg., jedoch dieser mit Behandlung des Betrugs als generellen Begriff, welches zwar der Volks-, nicht aber der Rechtssprache angemessen ist.

23) Die Scheidung von öffentlichen und Privaturkunden rechtfertigt sich hier eben sowohl, wie bei Gewaltthaten Staatsverbrechen und Privatverbrechen geschieden werden. Die schwerste Art eines Verbrechens ist immer diejenige, wodurch die Autorität oder Existenz des Staats unmittelbar angegriffen ist. Cucumus, Eintheilung der Verbrechen, im N. Archiv des Criminalrechts, Bd. X. S. 62.

Unter die zweite Kategorie fallen dann auch alle Uebervortheilungen, welche mittelst falscher Urkunden, aber nicht dadurch allein, sondern nur mit Hülfe derselben vollführt wurden, Fälschungen, die man jetzt meistens als Betrug bezeichnet. A potiori fit denominatio. Es ist sonst in allen Stücken hergebracht, daß ein Verbrechen seine Bezeichnung von demjenigen Merkmale erhält, welches dem Gemeinwesen am gefährlichsten erscheint. Wer um sich des Eigenthums eines Andern zu bemächtigen, diesen erschlägt, wird als qualificirter Mörder bestraft, wiewohl der Mord nur Mittel zu dem von ihm beabsichtigten Verbrechen ist. Wer einen Andern durch Gift beschädigt, wird, wiewohl er mit einem andern Mittel den gleichen Schaden hätte beibringen können und dann nur der Körperverletzung angeklagt worden wäre, mit der Strafe der Vergiftung belegt, wenn er auch keinen Versuch des Giftmords [24]) im Sinne hatte.

So wie der Gebrauch falscher Urkunden (I und II.) concurrirt, liegt eine qualificirte Wahrheitsfälschung, nämlich durch Mißbrauch der im Staat üblichen Versicherungsformen [25]) vor, und mag auch die Strafe in Fällen, wo dieses Mittel nur adminiculirend wirkte, geringer, als bei einer selbständig und hauptsächlich die Täuschung veranlassenden Fälschung ermessen werden, so ist es dem öffentlichen Interesse, der publica fides gewiß nicht entsprechend, wenn eine mit falschen Urkunden aus-

---

24) Die bloße „Störung der menschlichen Gesundheit" reicht hin, diesen Thatbestand zu begründen. Martin, Lehrb. des Criminalrechts, 2te Ausg. Heidelberg 1829. §. 131.

25) Man könnte auch Fälschung des Metall- und Papiergeldes dazu zählen, wenn nicht die Volksansicht unter „Falschmünzerei" ein besonderes mit schwereren Strafen zu belegendes Verbrechen zu erblicken gewohnt wäre. Beccaria, von Verbrechen und Strafen. Breslau 1788. S. 252.

geführte Hintergehung schlechthin Betrug genannt und etwa nur nebenbei der Fälschung gedacht wird.

Letzteres ist eine Wendung, welche die Praxis und nach ihr theilweise auch die Gesetzgebung aus einem wohl nicht gut angewendeten Mitleid nahmen, weil sie besorgten, die Fälschungsstrafe möchte für einen kleinen Betrüger, der die Ueberwältigung der Erkenntnißkräfte [26]) Anderer durch Urkundenfälschung nur zu unterstützen sucht, allzu hart seyn; eine Ansicht, welche um so unhaltbarer ist, als schon das altdeutsche Recht für dergleichen Malversationen keinen andern Begriff, als den der Fälschung [27]) aufstellte.

Das Badische Strafgesetz vom 6. März 1845 [28]) dürfte den wichtigsten Standpunkt in dieser Lehre einnehmen, da es im dreißigsten und einunddreißigsten Titel alle Arten von Fälschung und Betrug in der Weise aufzählt, daß Verfertigung und Gebrauch falscher Urkunden vorangestellt [29]), und dann der betrügliche Mißbrauch legaler Vertragsformen und der Handelsberechtigung mit Ju-

---

26) Escher, Lehre von Betrug und Fälschung S. 65. 66.

27) S. oben Anm. 9 u. 10.

28) Dasselbe dürfte, zugleich mit der neuen Gerichtsverfassung, Strafproceßordnung u. s. w., gegen die Hälfte des Jahres 1847 in Wirksamkeit treten.

29) Nicht zu billigen ist die Anordnung des württembergischen Strafgesetzes Art. 351 fg. und des braunschweigischen Criminalges. §. 224 fg., sofern des Betrugs zuerst gedacht wird, weil dadurch die Meinung entsteht, daß derselbe ein erheblicheres Delict sey, als die Fälschung. Am wenigsten aber läßt sich rechtfertigen, daß das hannöversche Criminalgesetz den Betrug mit Unterschlagung zusammenwirft (Art. 279 fg.) und bei den Verbrechen „wider öffentliche Treue und Glauben" „nur von Münzbetrug" (Art. 203.) und „betrüglichem Bankerott" (Art. 221.) spricht. Auch durch die Bezeichnung „Schriftfälschung" im hessen-darmstädtischen Strafgesetz (Art. 385 fg.) scheint der Begriff an Klarheit nicht gewonnen zu haben.

wesen und edeln Metallen folgt, die Fälschung aber von vorn herein (§. 423.) als ein Unternehmen „zum Zwecke der Verübung eines Betrugs" charakterisirt wird.

Auch der Fall wird mit Strafe der Fälschung bedroht, wenn Jemand eine von Andern gefälschte Urkunde mit Vorgebung der Aechtheit gebraucht (§. 436.).

Nur dann also kann eine mit falschen Urkunden vollführte Hintergehung unter den Begriff des Betruges fallen, wenn die Urkunde nicht von fremder Hand, sondern vom Thäter selbst, von diesem aber nicht zum Zweck der Verübung eines Betrugs, sondern als Federprobe oder sonst als absichtslose Beschäftigung verfertigt und erst später zum Verbrechen gewidmet wurde (§. 450.).

Endlich ist auch der Ausnahmsfälle von Fälschung und Betrug ohne Gewinnsucht, also zur Beschädigung aus Bosheit, Rachsucht u. s. w. besonders gedacht (§§. 425. 458.), weil dieselben bisher, aus gebührender Scheu vor analogischer Anwendung der Strafgesetze, meist unbestraft blieben.

Allerdings ist man versucht, eine Härte darin zu erkennen, daß jeder Gebrauch einer falschen Urkunde als Fälschung und nicht vielmehr da, wo die Urkunde blos zur Beförderung anderweiter Kunstgriffe diente, als Betrug nach bisheriger Praxis zu ahnden ist; denn das Strafmaximum der Fälschung beträgt acht Jahre, jenes des Betrugs nur fünf Jahre, und die Fälschung ist schon durch die bloße Anwendung der Urkunde, der Betrug erst durch eingetretene Beschädigung vollendet: allein die Härte gleicht sich anderseits dadurch wieder aus, daß Fälschung, die man sonst in Rechtsgeschäften jeder Art annahm, nur noch bei Denjenigen (§. 452.) als Verbrechen betrachtet wird, deren Eingehung als Täuschungsmittel gebraucht, oder denen zwar Nichtigkeits- oder Entschädigungsklagen,

jedoch keine materiellen Mittel, die Entschädigung zu erlangen, zur Seite stehen. Denn es gehört ja zum Thatbestande (§. 423.), daß die Fälschung auf die Verübung eines Betrugs von vorn herein berechnet war: wonach Fälschung immer erst die Merkmale des Betrugs und zudem noch ihre besondern Merkmale voraussetzt, um criminell bestraft werden zu können [30]). Nur den einen Zweifel könnte man haben, ob nicht die Urkunde von der Art seyn müsse, daß sie die vollkommene Grundlage des damit ausgeführten Rechtsgeschäftes bilde und außer ihr, die Gültigkeit supponirt, keine Beweismittel hierzu erforderlich wären; doch diese Ansicht würde den Sinn der Worte: „zum Zwecke der Verübung eines Betrugs" ungebührlich ausdehnen, dieselben gänzlich dahingestellt seyn lassen, ob die Urkunde als Haupt- oder Nebenmittel benutzt wurde. Auch der weitere Satz (§. 423.): „insbesondere zur betrüglichen Begründung, oder Entkräftung von Rechtsansprüchen" bestätigt dies, weil durch das Wort: „zur" ein Beitrag zum Haupt- oder Gegenbeweis verstanden wird [31]). Auch der

---

30) Dieser dem Grundsatz der Gerechtigkeit wohl allein entsprechenden Normirung des Thatbestandes der Fälschung begegnet man in keinem andern Strafgesetz, als dem badischen, und es wäre daher interessant, künftig die Ergebnisse der Anwendung dieses und anderer Gesetze in diesem Punkte zu vergleichen.

31) Der Commissionsbericht, welchem Aschbach im Jahre 1839 über den damaligen Entwurf dieses Titels an die zweite badische Kammer erstattete, besagt: „Die Bestimmung des §. 423. geht nicht blos auf die Fälschungen von Urkunden, welche als Beweismittel über Rechte und Verbindlichkeiten erscheinen, und geeignet sind, für sich allein eine Rechtsverletzung zu bewirken, sondern auch auf Fälschungen öffentlicher Urkunden, die zur Beglaubigung anderer Vorspiegelungen gebraucht werden, ohne daß durch sie allein ein Betrug bewirkt werden könnte. Dieser Sinn folgt aus der allgemeinen Fassung: „zum Zwecke der Verübung eines Betruges, ohne die Beschränkung auf unmittelbare Verübung, muß also auch die mittelbare darunter fallen."

§. 428. ist damit zu vergleichen. Er spricht von nachträglicher Fertigung einer falschen Urkunde und droht allgemein für den Fall Strafe, daß man sich über wahre Thatsachen „ein Beweismittel" zu verschaffen sucht, gleichviel also, ob solches für sich allein ausreichend seyn könnte, oder nicht.

In diesem Zusammenhang aufgefaßt, entspricht das badische Strafgesetz am meisten sowohl den von Alters her über Fälschung und Betrug herrschenden Rechtsbegriffen [32]), als der Natur der Sache, welche den Verwandtschaftskern zwischen beiden in der Wahrheitsfälschung und die gefährlichste Form in Unternehmungen erkennt, wodurch die öffentliche Treue gefährdet erscheint.

Unter der Herrschaft dieses Gesetzes kann daher nicht leicht mehr eine Streitfrage über die Grenzlinie zwischen Fälschung und Betrug entstehen, so oft auch der Thatbestand eines jeden dieser Verbrechen an sich, bei der außerordentlichen Verschiedenheit ihrer Gestaltung, in Zweifel gestellt werden mag [33]).

Anders verhält es sich nach dem gemeinen Criminalrecht, und den neuen Strafgesetzbüchern, sofern sie nicht das Kriterium aufstellen, daß einestheils zur gemeinen Fälschung die Tendenz eines Betrugs gehöre, und anderntheils

---

32) Nämlich in sofern, als der Charakter der Fälschung als der vorspringende angesehen, und das Verbrechen bei Concurrenz von Fälschung und Betrug immer als Fälschung bestraft wird.

33) Die Streitfragen gestalten sich nicht so einfach, wie v. Preuschen, Beiträge zur Lehre vom strafbaren Betrug und der Fälschung S. 52. meint: denn bei jeder Anschuldigung wegen Fälschung ist die Beschaffenheit und Bedeutung der Urkunde, und wegen Betrugs der Grad der Täuschungs- und Ueberredungsgewalt mit größter Sorgfalt zu ermitteln. Trefflich hierüber Escher, Lehre vom strafbaren Betruge und von der Fälschung S. 57—77. 355—369.

der Betrug in Fälschung übergehe, sobald falsche Urkunden hinzukommen.

Es ist dann jedesmal quaestio facti, ob eine falsche Urkunde Fälschung oder nur Betrug begründe, je nachdem nämlich die wesentlichen Merkmale des einen oder andern Verbrechens für überwiegend gehalten werden, wenn man nicht zu dem strengeren Ausweg schreiten und eine ideale Concurrenz annehmen will.

Einige Beispiele aus der Praxis dürften dazu dienen, die Unterscheidung dieser Verbrechen nach gemeinem Recht anschaulich zu machen.

I. Ein gänzlich vermögensloser Mann A. verfertigte einen Schuldschein über ein verzinsliches Darlehn von 100 Gulden, worin B., der mit ihm früher in Vertragsverhältnissen stand, jedoch vollständig abgerechnet hatte, als Schuldner angegeben und unterzeichnet war. Er belangte den B. auf die Summe, beabsichtigend, die Urkunde, falls dieser die Zahlung weigere, zum Beweis zu produciren. Hiervon stand er jedoch wieder ab, wahrscheinlich weil er die Gefahr, vor Gericht mit einem falschen Document aufzutreten, erkannte, und er ließ die Klage fallen. Später ging er den Capitalisten C. um ein verzinsliches Darlehn von 50 Gulden auf 6 Monate an, und da dieser Sicherheit verlangte [34]), bot er ihm jenen falschen Schuldschein als Depositum an. C. ließ sich, meinend, daß A. die darin verschriebenen 100 Gulden nicht ohne seine, des C, Mitwirkung von B. fordern könne, mithin die Rückbezahlung der 50 Gulden [35]) hinlänglich garantirt sey, zur Entrichtung des Darlehns verleiten.

---

34) Von den schlechten Vermögensverhältnissen des A. wußte er nichts.

35) Das Verführerische lag zugleich auch darin, daß gleichsam doppelte Sicherheit — 100 für 50 Gulden — geboten wurden.

C. büßte seine Baarschaft ein, und A. wurde vom Gerichtshofe, auf gepflogene Criminaluntersuchung, der Fälschung schuldig erkannt. —

Dieses Urtheil ist wohl nach gemeinem wie nach neueren Particularrechten [36]) unstichhaltig.

Die erste Unternehmung, welche A. mit der Urkunde machte, ist, wie auch das Gericht dafür hielt, gar kein Verbrechen. Auf fingirte Rechtsansprüche zu klagen, kann nur der moralischen Verdammung anheim fallen, weil dadurch, so lange es bei einfacher Behauptung bleibt, weder Richter noch Proceßgegner getäuscht werden können. Eine Lüge, aber kein Betrug beruht in solchem Behaupten, und letzterer selbst dann nicht, wenn der Beklagte die Scheinforderung anerkennen und sich unschuldig verurtheilen lassen sollte. Zweifelhaft könnte seyn, ob nicht die Klaganstellung dadurch, daß A. die Beweisführung mit der falschen Urkunde von vorn herein beschlossen hatte, einen betrüglichen Charakter erhalte [37]); allein da die Handlung erst durch wirkliche Antretung des so beschaffenen Beweises sich äußerlich zu einer criminellen gestaltet hätte, hierzu es aber nicht kam, so blieb das Unternehmen in dem Stadium der Vorbereitung, welche ohne lex specialis nicht der criminellen Ahndung unterliegen kann, und wenn A. sogar im Vorverfahren gesagt hätte, er sey im Besitz [38]) einer Beweisurkunde,

---

36) Selbst das neue badische Strafgesetz würde wohl hier keine Verurtheilung wegen Fälschung zulassen, weil die fragliche Urkunde, wenn gleich zum Zweck der Verübung eines Betrugs (§. 423.), doch nicht zum Zweck des wirklich damit verübten Betrugs gefertigt wurde.

37) Die Frage wäre zu bejahen nach Salchow, Lehrbuch des Criminalrechts §. 422. und Roßhirt, Lehrbuch des Criminalrechts §. 226. S. jedoch Henke, Handbuch des Criminalrechts, Bd. III. S. 23.

38) Vergl. Aschbach's Comm. Bericht über die §. 423. (383.) des badischen Strafgesetzentwurfs S. 10.

wäre die That noch nicht in das Gebiet des Versuchs übergegangen.

Wäre es dagegen bis zur förmlichen Antretung des Beweises durch Vorlage einer Abschrift der Urkunde gekommen, so läge wohl eine versuchte Fälschung vor, weil der Eintritt in die Sphäre des Beweisverfahrens als äußerlich intendirter Gebrauch der Urkunde [39]), mithin als Anfang der Ausführung des Verbrechens zu betrachten gewesen wäre. Durch die Production selbst erst konnte es vollendet werden.

Daß hier nicht von Betrug die Rede seyn kann, ergiebt sich daraus, daß um die Urkunde allein die ganze Machination sich dreht. Anerkennung einer nicht existirenden Forderung läßt sich nach allgemeiner Voraussicht nicht erwarten; das Gelingen der dolosen Klage war also lediglich von Aechtheitserklärung des falschen Schuldscheins abhängig, die Fälschung aber, als auf Täuschung einer Staatsbehörde berechnet, von Erschwerungsgründen [40]) begleitet.

Doch die Sache gestaltete sich anders: A. gab diese That auf, ehe sie zum Verbrechen geworden; dagegen gebrauchte er die dazu bestimmt gewesene Urkunde zur Hintergehung eines andern Subjectes, des C.

Vornweg ist klar, daß die Urkunde nicht zu diesem Zweck gefertigt, sondern nur dazu benutzt wurde; es ist aber ferner wohl nicht zu bezweifeln, daß dieselbe nicht als ein mit dem Darlehnsvertrag in nothwendigem Zusammenhang stehendes Document zu betrachten ist: nur so viel

39) Bayer, Vorträge über den ordentlichen Civilproceß. 6te Aufl. S. 581. 582.

40) Wegen des höhern Grades von Frechheit und Gefährlichkeit, welcher zum Auftreten des Verbrechers gegen eine Obrigkeit gehört. Marezoll, Criminalrecht §. 42. Häberlin, Grundzüge des Criminalrechts, Bd. I. Leipzig 1845. S. 145.

steht fest, daß der Schuldschein dazu beitrug, die Hingabe des Geldes zu erwirken.

Wenn aber der Vertrag an und für sich nicht des fingirten Schuldscheins bedurfte, um perfect zu werden, so kann dieser auch nicht den Mittelpunkt eines dabei begangenen Verbrechens bilden. Selbst als ein pactum adjectum [41]) kann man die Hinterlegung desselben nicht betrachten, weil die vermeintliche Sicherheitsleistung, die Aechtheit vorausgesetzt, nicht darin zu finden wäre: denn abgesehen davon, daß eine Privaturkunde vor Allem der Anerkennung oder Aechtheitserklärung zur Vollzugsreife bedarf, verbürgte der Darleiher nichts als die Bonität der Schuld, und der Hinterleger konnte auch ohne den Besitz der Urkunde zu dem Gelde gelangen [42]); ja es durfte ihm auf gerichtliche Klage die Herausgabe derselben nicht verweigert werden, weil sie von einem Mitforderungsrecht des C. nichts enthält.

Nach gemeinem Recht ist die Handlung als ein mit Benutzung einer falschen Urkunde verübter Betrug [43]) zu bezeichnen, da ein Zahlungsunfähiger Jemanden bewog, ihm Geld zu leihen, indem er versprach, solches nach 6 Monaten nebst Zins wieder abzutragen, und dem Creditor zur Befestigung des Zutrauens eine Handschrift über eine fingirte Forderung von 100 Fl. einhändigte. Vorspiegelung falscher Thatsachen in gewinnsüchtiger Absicht [44]) beruht nämlich

a. in dem Versprechen der Rückzahlung in sicherer Ueberzeugung des Unvermögens dazu; und

---

41) Mühlenbruch, Pandektenrecht, Bd. II. §. 407.

42) Thibaut, System des Pandektenrechts, Bd. I. §. 78.

43) Also ein Betrug mit erschwerenden Umständen.

44) Abegg, Lehrbuch der Strafrechtswissenschaft §. 290. v. Grolman, Grundsätze der Criminalrechtswissensch. §. 289. v. Feuerbach, Lehrbuch des peinlichen Rechts §. 410.

b. in dem Vorgeben eines richtig existiren Zahlungsmittels [45]).

Criminell ist aber dieser Betrug zu verfolgen, weil eine civilrechtliche Nichtigkeitsklage, wieder eintretende Solvenz des A. vorausgesetzt, nicht zu begründen wäre, indem die Wiedererstattungsfähigkeit eines Schuldners kein wesentliches Erforderniß des Darlehnvertrags [46]), dieser daher wegen falscher Vorspiegelungen in dieser Beziehung nicht anfechtbar wird.

Zweifelhafter ist folgender Fall:

II. Ein notorischer Bankeroutteur wußte sich eine Zeit lang dadurch Credit zu verschaffen, daß er theils gefälschte Handschriften, welche ihn als Gläubiger darstellten, dem Darleiher einhändigte oder auch cedirte, theils gefälschte Bürgschaftsurkunden von wohlangesehenen Leuten gegen gleichlautende Summen hingab, theils endlich gefälschte Schuldscheine in Wirthshäusern vorzeigte, um Speise und Trank zu erhalten. Viele Personen wurden solchergestalt hintergangen [47]), und als man den Industrieritter festnahm, fand sich noch ein ansehnlicher Vorrath falscher Urkunden in seinem Besitz, deren Selbstverfertigung er nicht in Abrede stellte.

---

45) Wenn v. Wächter, Lehrbuch des Strafrechts. Stuttgart 1826. Bd. II. S. 205. mit Tittmann und Klien in solchem Falle, selbst wenn keine falsche Urkunde gebraucht wurde, Fälschung annehmen will, so kann ihm wohl die neuere Doctrin nicht beistimmen.

46) Es liegt auch kein wesentlicher Irrthum vor, weil das Mutuum, sobald kein Pfand gegeben wird, immer das Risico enthält, daß der Entleiher nicht richtig zurückzahlen möchte. — Thibaut a. a. O. §. 147.

47) Erst spät wurde das gefährliche Treiben dieses Subjects rugbar, als die von ihm bewirkten Beschädigungen schon sehr zahlreich waren. Die Ursache, warum dergleichen Verbrechen gewöhnlich verborgen bleiben, liegt darin, daß die Betrogenen aus Scham wegen ihrer Kurzsichtigkeit ihren Schaden still zu verschmerzen vorziehen.

Hier sagt schon das Rechtsgefühl, daß ein professionsmäßiger Fälscher wohl nicht der Strafe der Fälschung entgehen kann. Dennoch sind seine Malversationen nicht alle dieser Natur.

1) In den Fällen erster Art ist der Thatbestand der Fälschung zu erkennen, weil

a. anzunehmen ist, daß einem in Vermögensverfall [48]) gerathenen Mann Niemand Geld leihen wird, so lange er nicht über das Vorhandenseyn von Mitteln zum Rückersatz Gewißheit beibringt; weil also

b. nur das Vorzeigen und Versetzen eines unverdächtig scheinenden Forderungspapiers den Capitalisten zum Eingehen des Vertrags bestimmen konnte, daher

c. die Vorspiegelung den Mangel einer wesentlichen Voraussetzung zum Consens des Darleihers aufhob.

Ist aber die Urkunde als der Hebel anzusehen, um welchen sich hauptsächlich das Rechtsgeschäft dreht, so ist mehr als Betrug, nämlich Urkundenfälschung im engeren Sinn [49]) vorhanden.

Dazu kommt aber ferner

d. die Cession der Urkunde. In Fällen, wo sie zugleich mit dem Empfang des Geldes geschah, ist dieses die Gegenleistung des Cessionars, mithin gar nicht zweifelhaft, daß die That den Charakter der Fälschung trägt, weil das ganze Rechtsgeschäft auf der Urkunde fußt. Wo dagegen die Cession einer beim Abschluß des Mutuums hinterlegten Urkunde erst später,

---

48) Dieser Fall unterscheidet sich vom vorigen dadurch, daß ein Verganteter auf Credit, so lang er nicht in bessere Glücksumstände kommt, keinen Anspruch zu machen hat, während ein armer, aber nicht herabgekommener Mensch für kleinere Summen recht wohl Zutrauen finden kann.

49) Heffter, Lehrbuch des Criminalrechts §. 383.

statt Heimzahlung, erfolgte, würde wohl kein neues Verbrechen vorliegen: denn es hat sich in dem Stand der Dinge nichts Erhebliches geändert; die Hinterlegung der falschen Urkunde vollendete den Thatbestand der Fälschung (a—c.), weil damit schon der Darleiher, unter Verleitung zu dem Wahn, daß der Entleiher für den erhaltenen Betrag cavent sey, um sein gutes Geld gebracht war, und durch die weitere Täuschung, nämlich die Uebertragung der fingirten Forderung auf des Darleihers Namen nur dessen Ueberzeugung, betrogen zu seyn, näher gerückt wurde. Ein Erschwerungsgrund der eigentlichen ersten Fälschung dürfte wohl darin zu erkennen seyn, weil die zweite Fälschung ein bösartiges Beharren auf der ersten enthält; sie als selbständiges Verbrechen zu erklären, wäre aber ungerecht [50]), weil ihr kein neuer Gegenstand zu Grunde liegt.

2) Die Erwirkung von Darlehen durch falsche Bürgschaftsurkunden ist Fälschung oder Betrug, je nachdem die Bürgschaft ausdrücklich auf das fragliche Rechtsgeschäft oder nur allgemein lautete. Von beiden Arten wendete der Verbrecher Urkunden an. Eine Bürgschaft, welche die Hauptverbindlichkeit, wofür sie gelten soll, nicht anführt, ist natürlich ohne Rechtswirkung, und kann daher, wenn sie auch mit zur Leistung des Darlehens bestimmt seyn sollte, der darüber aufgesetzte Schein nicht als hauptsächliches Moment des Verbrechens betrachtet werden, weil keine große Ein-

50) Auch ein fortgesetztes Verbrechen läßt sich nicht darin erkennen: denn hierzu würde eine von der vorigen Handlung verschiedene Aussicht auf einen unredlichen Gewinn gehören, wenn auch die Einheit des Entschlusses dem Begriff der Fortsetzung inhärirt. Mittermaier's Note I. zu §. 128. des Feuerbach'schen Lehrbuchs.

sicht dazu gehörte, dessen Unstichhaltigkeit zu erkennen[51]). Betrug bleibt jedoch zu bestrafen übrig, weil dieser in allen solchen Handlungen, wo ein belasteter Vertrag mit dem klaren Bewußtseyn, zu dessen Erfüllung schlechthin unvermögend zu seyn, die gelindeste criminelle Bezeichnung ist.

Wo hingegen die Bürgschaft dem Inhalte nach rechtsverbindlich abgefaßt ist, dürfte die That eben so wie hinsichtlich der Schuldurkunde (zu II. 1.) zu beurtheilen seyn, weil der mangelnde Credit dadurch hergestellt und solchergestalt das Darleihen erschlichen würde.

3) Die Verleitung der Wirthe zum Reichen von Speis' und Trank durch Vorzeigen falscher Forderungszettel kann höchstens Betrug seyn. Fälschung liegt nicht darin, weil die Urkunden keinen unmittelbaren Bezug auf das zu contrahirende Rechtsgeschäft haben, und sollten sie auch lediglich zur Erreichung dieses Erfolgs verfertigt seyn, so kann dadurch nur die Strafbarkeit wegen Betrugs erhöht, nicht aber in eine andere Sphäre gezogen werden.

Ob aber ein Betrug in solcher Weise zu begehen sey, wird je nach dem Umstande zu beantworten seyn, ob der Verzehrende, abgesehen von den falschen Scheinen, im Stande sey, den Betrag der Zeche aufzubringen: denn zum Wesen des Wirthsgeschäftes gehört das Creditiren[52]); selbst dann also, wenn ein Gast erscheint, dem der Wirth kein Zutrauen schenkt, wird er sich weit leichter, als ein anderer Geschäftsmann, zum Risico bestimmen lassen. Wer durch Kunstgriffe die Uebernahme solcher Risico's befördert, verdient, so lange ihm nicht nachzuweisen ist, daß er in der Ueberzeugung, den Wirth nicht befriedigen zu können,

---

51) Escher, Lehre vom Betrug rc. S. 64.

52) Die Lage ist hier also eine ganz andere, als zu 1. *a*. Vergl. *Escher a. a. O.* S. 66.

handelte, wohl den Vorwurf der Unredlichkeit, nicht aber des Verbrechens. In der That würde die Zahl der Verbrecher, wenn man alle Täuschungen der Wirthe [53]) dazu rechnen wollte, ins Ungemessene steigen.

Der betreffende Gerichtshof urtheilte gegen das fragliche Subject so:

Zu 1. Strafe der Fälschung.

Zu 2. Strafe der Fälschung, jedoch, wohl mit Unrecht, ohne Unterscheidung der Betrugsfälle da, wo die Bürgschaft nicht auf das bestimmte Anlehen sich bezog.

Zu 3. Strafe des Betrugs.

Nach dem neuen badischen Strafgesetze würden alle diese Handlungen [54]), sofern die Urkunden zum Zweck der Betrugsverübung verfertigt waren, als Fälschungen, und nur da, wo dieser Beweis fehlt, unter der Voraussetzung des §. 452, als Betrüge zu bestrafen seyn.

Leicht wären diese Beispiele aus dem Gebiet der Erfahrung zu vermehren; doch mögen die vorstehenden einstweilen genügen, und in einem weiteren Aufsatze wird von Aufsuchung der Grenzen zwischen gemeiner Fälschung, und Amtsverbrechen mittelst Fälschung, zwischen Betrug und Unterschlagung die Rede seyn.

53) Aehnlich verhält es sich bei Einkäufen auf dem Markt oder bei kleinen Krämern. Wer hier creditirt, muß entweder den Käufer und dessen Zahlungsfähigkeit zuverlässig kennen, oder er verdient den Vorwurf des Leichtsinns, und kann sich nicht beklagen, wenn er hintergangen wird. Seib, über die Gränze zwischen civilrechtl. u. crim. Betruge, in diesem Archiv von 1840. S. 122.

54) Vergl. oben Note 36.

VIII.

Kritik
der Bestimmungen des württembergischen Strafgesetzbuches
über
die Beleidigung der Amtsehre und die Widersetzung.

Von
Herrn Otto Schwab,
Rechts-Consulent in Stuttgart.

Die Verbrechen der Beleidigung der Amtsehre und der Widersetzung sind in dem Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg von 1839 unter den „Handlungen gegen das obrigkeitliche Ansehen" aufgeführt, mit welchen sich das dritte Capitel des den „Staatsverbrechen und Staatsvergehen" [1]) gewidmeten Titels dieses Gesetzbuches beschäftigt. Zur Beurtheilung der fraglichen Gesetzesbestimmungen erscheint es nothwendig, dieselben hier im Zusammenhange anzuführen. Nachdem in dem bezeichneten Capitel zuerst die Vergehen der Anmaßung

1) Das württemberg. Strafgesetzbuch stellt kein bestimmtes Unterscheidungsmerkmal zwischen Verbrechen und Vergehen auf, obschon es im Allgemeinen mit dem ersten Wort die schwereren, mit dem zweiten die leichteren Uebertretungen bezeichnet. Es können daher Delicte, welche, wie die Amtsehrenbeleidigung und die Widersetzung, sehr verschiedene Abstufungen enthalten, sowohl mit dem einen als mit dem andern Ausdruck bezeichnet werden.

eines öffentlichen Amtes und der (activen) Bestechung abgehandelt sind, fährt dasselbe fort: III. Beleidigung der Amtsehre. Art. 162. (Art. 152. des Entwurfs von 1836.) Wer öffentliche Behörden, öffentliche Diener (Art. 399, Ziff. 1 bis 4. [2]) oder Militärpersonen, während ihrer Dienstverrichtungen, oder in Beziehung auf dieselben, durch herabwürdigende Worte oder Handlungen angreift, soll wegen Beleidigung der Amtsehre bestraft werden: 1) wenn die Beleidigung in Worten, oder schriftlich, oder in bildlicher Darstellung zugefügt wurde, mit Gefängniß bis zu drei Monaten oder mit Geldbuße von funfzehen bis Einhundert Gulden; 2) wenn die Beleidigung öffentlich oder in öffentlich verbreiteten Schriften geschehen, mit Gefängniß bis zu sechs Monaten; 3) ist eine solche öffentliche Beleidigung mittelst der Presse verübt worden, so soll mit der unter Ziff. 2. erwähnten Gefängnißstrafe Geldbuße von fünf und zwanzig bis zu Einhundert und funfzig Gulden verbunden werden; 4) ist die Beleidigung durch Thätlichkeiten an der Person begangen worden, so soll Gefängnißstrafe, nicht unter vier Monaten, eintreten; es kann aber die Strafe bei schweren Thätlichkeiten nach Maaßgabe der höheren Würde der beleidigten Person, wenn letztere nicht durch ungebührliches Benehmen einen gerechten Affect des Thäters veranlaßt hat, bis auf zweijähriges Arbeitshaus [3]) erstreckt werden. Trifft mit der thätlichen Beleidigung eines solchen öffentlichen Dieners körperliche Verletzung zusammen, so ist die auf die Widersetzung bestimmte Strafe (Art. 171,

---

2) Die Ziff. 1 — 4. des Art. 399. enthalten diejenigen öffentlichen Diener, welche sonst auch obrigkeitliche Personen im Gegensatz zu den untergeordneten Gehülfen und Dienern der Obrigkeit, von denen die Ziff. 5. des Art. 399. handelt, genannt werden.

3) Das gesetzliche Minimum der Arbeitshausstrafe sind nach Art. 15. sechs Monate, das Maximum sechs Jahre.

Ziff. 3.) verwirkt. — Art. 163. (Art. 153. des Entw.) Die Bestimmungen des Art. 162. kommen auch bei Beleidigungen gegen landständische Collegien und deren Mitglieder zur Anwendung. — Art. 164. (Art. 154. d. Entw.). Wer untergeordnete Diener der Obrigkeit (Art. 399, Ziff. 5.) in der Ausübung ihres Dienstes beleidigt, soll 1) wenn dieses durch beschimpfende Worte oder Zeichen geschehen, mit Bezirksgefängnißstrafe oder mit Geldbuße bis zu Einhundert Gulden, 2) wenn die Beleidigung durch Thätlichkeiten an der Person verübt worden, mit Gefängnißstrafe von vierzehn Tagen bis zu Einem Jahre belegt werden. Letztere Strafe tritt auch dann ein, wenn dem Diener solche Thätlichkeiten nicht im Dienste, doch aber aus Rache wegen einer Amtshandlung, zugefügt worden sind. Im Falle einer körperlichen Verletzung des Beleidigten kommen die im Art. 172. angedrohten Strafen zur Anwendung. — Art. 165. (Art. 155. d. Entw.) Sollte der Beleidiger durch eine gesetzwidrige Verfügung oder ein ungebührliches Benehmen der Behörde oder des Dieners zu der Beleidigung veranlaßt worden seyn, so kann die nach den Bestimmungen der Art. 162 bis 164. angedrohte Strafe in der zunächst folgenden niedrigeren Stufe ausgemessen, und, statt des Bezirksgefängnisses, auf Geldbuße bis zu Einhundert Gulden erkannt werden. — Art. 166. (Art. 155. d. Entw.) Eine Beleidigung der Amtsehre darf nur auf Klage des Beleidigten oder der ihm vorgesetzten Behörde untersucht und bestraft werden. — Art. 167. (Art. 157. d. Entw.) Wer öffentlich, sey es mündlich oder in verbreiteten Schriften, durch Erdichtung oder Entstellung der Thatsachen die Ehre der Staatsregierung angreift, soll auf Klage der Staatsbehörde mit Kreisgefängniß und mit Geldbuße bis zu fünfhundert Gulden gestraft werden. Wer in gleicher Weise durch Schmähungen die Ehre der Staatsregierung angreift, ist auf Klage der Staatsbe-

hörde mit Kreisgefängnißstrafe bis zu Einem Jahre und mit Geldbuße bis zu Einhundert und funfzig Gulden zu belegen. Wer wissentlich an solchen Handlungen durch Verbreitung Theil nimmt, oder wer der Ehre der Staatsregierung nachtheilige Gerüchte als glaubhafte Thatsachen öffentlich darstellt, hat Bezirksgefängnißstrafe und Geldbuße bis zu Einhundert Gulden verwirkt. — Sofort werden in Art. 168—170. die Vergehen der Verletzung amtlicher Bekanntmachungen und Siegel, der Verabredung zum Ungehorsam und des Auflaufes abgehandelt, und hierauf folgt: VII. Widersetzung. Art. 171. (161.) Wer sich der Vollziehung obrigkeitlicher Anordnungen durch gewaltsamen Widerstand gegen obrigkeitliche Personen oder Diener entgegensetzt, wer die Obrigkeit zu Vornahme, Unterlassung oder zur Zurücknahme einer Amtshandlung durch Gewalt oder durch Drohung mit derselben zu nöthigen sucht, ist der Widersetzung schuldig. War die Gewalt oder Drohung gegen eine obrigkeitliche Person gerichtet, so ist die Widersetzung zu strafen: 1) mit Gefängniß bis zu sechs Monaten, wenn blos Drohungen, jedoch ohne den Gebrauch von Waffen, ausgestoßen wurden; 2) mit Kreisgefängniß von vier Monaten bis zu Einem Jahre, wenn an der obrigkeitlichen Person Thätlichkeiten verübt, oder wenn ihr mittelst Führung von Waffen Gewalt gedroht worden; 3) mit Kreisgefängniß, nicht unter sechs Monaten, wenn an der obrigkeitlichen Person eine Körperverletzung (Art. 261.) [4]) begangen worden ist; es kann aber die Strafe bei schweren Mißhandlungen nach Maaßgabe der höheren Würde der obrigkeitlichen Person bis auf dreijähriges Arbeitshaus erstreckt werden. Fällt die mit Widersetzung verbundene Körperverletzung unter die Bestimmungen des Art. 260. und

4) Dieser Artikel, von dem unten ausführlicher die Rede seyn wird, handelt von der leichtesten Art der Körperverletzungen.

Art. 263, Ziff. 1 bis 3. [5]), so kommen die Grundsätze über den Zusammenfluß der Verbrechen zur Anwendung. — Art. 172. (162.) War die Gewalt oder Drohung nicht gegen die obrigkeitliche Person selbst, sondern gegen die, mit Vollziehung einer obrigkeitlichen Anordnung beauftragten, untergeordneten Diener der Obrigkeit (Art. 399, Ziff. 5.), oder gegen die zu ihrem Beistande zugezogenen Personen gerichtet, so soll auf Gefängniß, und zwar im ersten Falle des vorhergehenden Artikels bis zu sechs Wochen, im zweiten von sechs Wochen bis zu sechs Monaten, und im dritten nicht unter drei Monaten erkannt werden, vorbehältlich der im letzten Absatze des Art. 171. enthaltenen Bestimmung. — Art. 173. Unbotmäßigkeit. Wer außer den Fällen der Art. 171 und 172. der Vollziehung obrigkeitlicher Anordnungen Widerstand entgegensetzt, hat Gefängniß bis zu zwei Monaten verwirkt. Die Strafe ist nach der Größe und der Dauer des Widerstandes und nach Maaßgabe des durch denselben etwa erregten öffentlichen Aergernisses zu bemessen. — Art. 174. (163.) Die Strafe der Widersetzung kann in der zunächst folgenden niedrigeren Stufe ausgemessen, und statt auf Bezirksgefängniß auf Geldbuße bis zu Einhundert Gulden erkannt werden, wenn der Thäter zu dem Vergehen durch gesetz- und ordnungswidriges Verfahren der Obrigkeit oder ihrer Diener veranlaßt worden ist. Sollte der Betheiligte durch ein solches Verfahren mit einem unersetzlichen Nachtheile unmittelbar bedroht gewesen seyn, so ist sein Widerstand straflos, vorausgesetzt, daß er sich keiner Ueberschreitung schuldig gemacht hat [6]).

---

5) Der Art. 260. enthält die mit vorbedachtem Entschlusse, der Art. 263, Ziff. 1—3. die im Affecte verübten schwereren Körperverletzungen.

6) Die übrigen in dem betreffenden Capitel abgehandelten Verbrechen sind: Aufruhr; Befreiung von Gefangenen;

Wenige Verbrechen haben während der landständischen Berathung des Strafgesetzbuches so viele Discussionen und Schwierigkeiten veranlaßt, sehr wenige aber seit Emanirung dieses Gesetzbuches so große praktische Bedeutung erlangt, als die Amtsehrenbeleidigung und die Widersetzung. Die Richtigkeit des ersten Satzes ergiebt sich aus den Verhandlungen der beiden Ständekammern auf dem Landtage von 1838 und aus dem Umstande, daß die betreffenden Artikel eine der gefährlichsten Klippen waren, an denen das Strafgesetzbuch Schiffbruch zu leiden drohte; für die Wahrheit der zweiten Behauptung mögen folgende statistische Notizen Zeugniß ablegen.

Von Beleidigung der Amtsehre kamen in dem Etatsjahre vom 1. Juli 1840 bis 1. Juli 1841 bei den Criminal-Senaten der vier Kreisgerichtshöfe des Königreichs Württemberg 453, bei sämmtlichen Bezirksgerichten desselben 233, zusammen also 686 Fälle zur gerichtlichen Aburtheilung. Im Etatsjahre 1841—42 betrug die Gesammtzahl der von den Gerichtshöfen und Bezirksgerichten abgeurtheilten Amtsehrenbeleidigungen 546, 1842—43. 607, und 1843—44. 450; in dem letztverflossenen Jahre 1844—45 wurden von den Gerichtshöfen nur 53, von den Bezirksgerichten dagegen, deren Competenz in Beziehung auf Amtsehrenbeleidigung und Widersetzung durch die provisorische Strafproceßordnung von 1843 erweitert worden war [7]), 328 Fälle verletzter Amtsehre, zusammen also 381 abgeurtheilt.

Meuterei der Gefangenen in den Strafanstalten; Rückkehr eines Verwiesenen (welches Vergehen sich nur auf ausländische Verbrecher bezieht), und Ueberschreitung der Begränzung (Confination) von Seiten eines unter polizeiliche Aufsicht Gestellten.

7) Nach Art. 8. des sog. Competenzgesetzes vom 1. März 1839 war den Bezirksgerichten nur die Entscheidung über Amtsehrenbeleidigung und Widersetzung gegen untergeordnete

Widersetzungen wurden im Etatsjahr 1840—41 von den Gerichtshöfen 82 [8]), von den Bezirksgerichten 157, zusammen 239 abgeurtheilt. In den drei folgenden Jahren betrug die Gesammtzahl der Widersetzungen 202, 256 und 165, stieg dagegen im Jahr 1844—45, in welchem sich nach dem Obigen die Zahl der Amtsehrenbeleidigungen beträchtlich vermindert hatte, auf 345, wovon 25 Fälle durch die Gerichtshöfe und 320 durch die Bezirksgerichte abgeurtheilt wurden.

Zu bemerken ist übrigens, daß unter sämmtlichen hier angegebenen Zahlen nicht blos die verurtheilenden, sondern auch die lossprechenden Erkenntnisse begriffen sind.

Wenden wir uns nun zuerst zu dem Vergehen der Beleidigung der Amtsehre, über welches folgende Bemerkungen hier Platz finden mögen.

Vor Emanirung des Strafgesetzbuches wurden Ehrenbeleidigungen, die gegen öffentliche Behörden oder öffentliche Diener als solche verübt wurden, als injuriae publicae bestraft. Die Strafe der Injurien überhaupt war nach der damaligen Praxis Geldbuße oder Gefängniß [9]),

---

obrigkeitliche Diener (Art. 399, Ziff. 5.) überlassen; durch Art. 10. der Strafproceßordnung aber wurde ihnen die Aburtheilung dieser beiden Vergehen auch dann anheimgegeben, wenn solche gegen öffentliche Diener im Sinne der Ziff. 4. des Art. 399. verübt worden.

8) Die Zahl der vor Erscheinung des Strafgesetzbuches von den Gerichtshöfen abgeurtheilten Fälle von Widersetzung oder, wie dieses Verbrechen damals genannt wurde, Widersetzlichkeit, betrug im Jahre 1836—37. 265, 1837—38. 271, und 1838—39. 281. Es wurden aber damals, wie bald gezeigt werden soll, auch manche Fälle von Amtsehrenbeleidigung als Widersetzlichkeit behandelt.

9) Nach der Bestimmung des Edicts vom 17. Juli 1824 über die Strafgattungen und Strafanstalten (sog. Straf-Edicts) betrug die höchste Dauer der nicht entehrenden Gefängnißstrafe

bei besonders schweren Ehrenkränkungen, sowie bei öfterem Rückfall sogar Arbeitshausstrafe, welche den Verlust der bürgerlichen Ehre nach sich zog; ferner körperliche Züchtigung, die jedoch nur bei besonders erschwerten Realinjurien und nur gegen jüngere Personen aus den niederen Ständen (!) angewendet wurde.

Es wurden aber nicht nur, wie es in der Natur der Sache liegt, öffentliche Injurien mit einer verhältnißmäßig strengeren Strafe belegt, als Beleidigungen von Privaten, sondern es enthielt auch das frühere württembergische Recht besondere, sehr scharfe Strafbestimmungen über Verletzung des obrigkeitlichen Ansehens sowohl durch Widersetzlichkeit, als durch Ehrenkränkungen. Hieher gehören noch die Artikel des Gesetzes vom 5. März 1810 über die Bestrafung der Staats- und Majestätsverbrechen (in der württembergischen Praxis Majestätsgesetz genannt) [10].

---

drei Monate; höhere Freiheitsstrafen wurden bis zu fünf Jahren im Arbeitshause oder auf der Festung, von da an im Zuchthause abgebüßt.

10) Diese Artikel lauten, wie folgt: Art. 25. Wer in der Absicht, Mißvergnügen zu verbreiten und die Unterthanen zu grundlosen Beschwerden zu veranlassen, die amtlichen Handlungen obrigkeitlicher Stellen und Personen auf eine gehässige Art tadelt oder verspottet, ist mit Gefängniß-, Festungs- oder Zuchthausstrafe bis auf die Dauer von Einem Jahre zu belegen. Im Wiederholungsfalle oder bei beschwerenden Nebenumständen ist diese Strafe zu verdoppeln. Art. 26. Wer sich einer obrigkeitlichen Person in der Ausübung ihres Amts mit Gewalt widersetzt, oder dieselbe zu einer Amtshandlung mit Gewalt zu nöthigen, oder an ihr wegen einer amtlichen Handlung gewaltsame Rache zu nehmen sucht, hat, wenn die Gewalt mit Gebrauche von Waffen oder andern tödtlichen Werkzeugen oder mit thätlicher Mißhandlung der Person verbunden gewesen, nach der höheren Stelle der beleidigten Person und andern eintretenden Umständen, eine- zwei- bis achtjährige, oder, wenn sie ohne Waffen und ohne eine solche Mißhandlung ausgeübt worden, eine sechs- bis achtzehnmonatliche Gefängniß-, Festungs- oder Zuchthausstrafe zu erwarten. Wer in der Person obrigkeitlicher Diener oder beorderter Militärs sich einer Verfügung der

Die im letzteren Artikel festgesetzten Minima von zwei Jahren, beziehungsweise sechs Monaten, wurden zwar durch die Verordnung vom 13. December 1816 auf drei Monate resp. vier Wochen ermäßigt, allein diese Milderung verlor den größten Theil ihrer Wirkung durch die bereits erwähnte Vorschrift des Straf-Edicts von 1824, welches die Dauer der nicht entehrenden Freiheitsstrafe auf drei Monate beschränkte, und an die Stelle der nach älterem Recht zulässigen längeren einfachen Gefängnißstrafen Arbeitshaus- oder Festungsstrafe [11]) setzte.

Vergleicht man nun diese Strafbestimmungen mit den durch die Art. 162—165. des Strafgesetzbuches festgesetzten, in den meisten Fällen gelinderen [12]) Strafen, und zieht man weiter in Betracht, daß nach Art. 166. eine Beleidigung der Amtsehre nur auf Klage des Beleidigten oder der ihm vorgesetzten Behörde untersucht und bestraft werden darf, während nach früherem Recht nicht nur in den Fällen der Art. 25 und 26. des Majestätsgesetzes, sondern überhaupt bei öffentlichen Injurien auch ohne Klage des Betheiligten von Amts wegen einzuschreiten war; so erscheint es befremdend, daß nach Emanirung des Strafgesetzbuches eine so große Zahl von Beleidigungen der Amtsehre zur gerichtlichen Aburtheilung gekommen ist.

Diese Erscheinung mag jedoch großentheils ihre Erklärung in folgenden Umständen finden.

Obrigkeit mit Gewalt widersetzt, ist ebenso zu bestrafen, als wäre seine Gewalt gegen die obrigkeitliche Person selbst gerichtet gewesen. Geht die Mißhandlung noch in ein größeres Verbrechen über, so wird die Strafe desselben nach Verhältniß geschärft.

11) Nur die Festungsstrafe ersten Grades, welche von drei Monaten bis zu Einem Jahre erkannt werden konnte, aber blos gegen Honoratioren Anwendung fand, hatte den Verlust der bürgerlichen Ehre nicht zur Folge.

12) Weder die Bezirks- noch die Kreisgefängnißstrafe ziehen eine Schmälerung der bürgerlichen Ehrenrechte nach sich.

Einmal haben überhaupt seit der Erscheinung des Strafgesetzbuches die Injurienprocesse in Württemberg in auffallender Weise überhand genommen, und sind erst in neuester Zeit wieder im Abnehmen begriffen. Abgesehen von den zahlreichen, den Ortsobrigkeiten und Bezirksämtern zur Entscheidung überlassenen Injurienfällen, sind von den Gerichtshöfen und den Bezirksgerichten zusammen im Jahr 1840—41. 1147, 1841—42. 1131, 1842—43. 1222, 1843—44. 710, und 1844—45. 586 Ehrenbeleidigungen abgeurtheilt worden. Daß aber in Folge des Strafgesetzbuches mehr Angriffe auf die Ehre begangen worden seyen, als vorher, ist um so weniger anzunehmen, als durch die Bestimmungen desselben die Injurienstrafen bedeutend erhöht wurden [13]); dagegen ist es sehr erklärlich, daß in Folge des Bekanntwerdens der neuen, strengeren Gesetzgebung mehr als früher wegen Ehrenkränkungen geklagt wurde.

Bei der Beleidigung der Amtsehre mußte, obwohl die Strafen hier meist gelinder sind, dennoch die gleiche Erscheinung eintreten, weil dieses Vergehen dem Namen nach in Württemberg erst seit 1839 bekannt ist, indem dasselbe nach dem oben Bemerkten früher theils als öffentliche Injurie, theils als Widersetzlichkeit bezeichnet wurde. Der aus dem baierischen Strafgesetzbuch (Art. 405.) entlehnte Ausdruck „Beleidigung der Amtsehre" wurde in der württembergischen Gesetzessprache erst durch das Strafgesetzbuch eingeführt. Wie nun überhaupt häufig der Name erst die Sache macht, so hat auch hier ohne

---

13) Zwar sind die Arbeitshausstrafe und die körperliche Züchtigung, welche nach dem früheren Recht ausnahmsweise bei besonders schweren Injurien erkannt werden konnten, jetzt nicht mehr zulässig; dagegen droht der Art. 284. des Strafgesetzbuches der erschwerten Ehrenkränkung Gefängniß bis zu Einem Jahre an, während früher die Gefängnißstrafe sich nur bis auf drei Monate erstreckte.

Zweifel die neue Bezeichnung ihren Einfluß auf die Häufigkeit der Klagen geäußert. Es mag besonders für viele niedriger gestellte Beamte ein süßes Gefühl gewesen seyn, von „beleidigter Amtsehre" reden und wegen derselben klagend auftreten zu können. Auch die Wichtigkeit, welche die Gesetzgebung diesem Verbrechen durch die ausführlichen und detaillirten Bestimmungen der Art. 162—166. beigelegt hat, mag zur Vermehrung der Klagen beigetragen haben. Jetzt aber, wo die Sache den Reiz der Neuheit verloren hat, haben sich die Klagen wegen Beleidigung der Amtsehre, sowie die Injurienklagen überhaupt, bedeutend vermindert.

Ferner ist ein Hauptgrund der häufigen Klagen wegen Amtsehrenbeleidigung in der gesetzlichen Begriffsbestimmung dieses Verbrechens zu suchen, und zwar zunächst in dem Ausdruck: „durch herabwürdigende Worte oder Handlungen", dessen sich der Eingang des Art. 162. bedient. Obgleich es nach den Verhandlungen, welche bei Berathung des Strafgesetzbuches in der Kammer der Abgeordneten über diesen Ausdruck stattgefunden haben, keinem Zweifel unterliegt, daß mit demselben nur wirkliche Ehrenkränkungen bezeichnet werden sollen, und daß zu der Beleidigung der Amtsehre derselbe Thatbestand, wie zu der Injurie überhaupt, erforderlich ist [14]), so ist

14) Von einem der Regierungs-Commissäre ist bei jenen Verhandlungen ausdrücklich und wiederholt erklärt worden, daß zu dem Begriffe der Amtsehrenbeleidigung der Thatbestand des Art. 266. (jetzt 283.) erfordert werde, und der Art. 152. (jetzt 162.) keinen andern Thatbestand der Beleidigung habe, als den der Injurie. — Der Art. 283. des Strafgesetzbuches giebt folgende Definition der Injurie: „Wer rechtswidrig einem Andern durch Rede Schrift, Zeichen oder bildliche Darstellungen, oder durch Thätlichkeit Verachtung bezeigt, denselben durch öffentliche Verspottung in gleicher Weise herabwürdigt, oder ihn verächtlicher Eigenschaften oder Gesinnungen bezüchtigt, macht sich der Ehrenkränkung schuldig."

es doch sehr wahrscheinlich, daß durch die angeführten Worte des Gesetzes mancher öffentliche Diener zu einer Klage wegen Beleidigung seiner Amtsehre in einem Falle verleitet wurde, in welchem nur eine Unhöflichkeit oder Unziemlichkeit vorhanden war; wie dies bekanntlich bei Injurienklagen überhaupt häufig der Fall ist. Daher wäre die Fassung des Art. 405. des baierischen Strafgesetzbuches, wo das Wort Ehrenbeleidigung gebraucht ist, ausdrücklich vorzuziehen, und die Hinweisung auf den Begriff der Injurie (Art. 283.) bei der Definition des Art. 162. um so passender gewesen, als hiedurch auch die Streitfrage abgeschnitten worden wäre: ob Verläumdung öffentlicher Diener in Beziehung auf Amtshandlungen gleichfalls unter den Begriff der Amtsehrenbeleidigung zu stellen sey? — eine Frage, welche v. Hufnagel in seinem Commentar über das Strafgesetzbuch Bd. I. S. 401. bejahend, die höchste Gerichtsstelle (das Obertribunal) dagegen, unseres Erachtens mit Recht, verneinend entschieden hat [15]).

Noch mehr aber hat eine andere Bestimmung des Art. 162. zu gerichtlichen Klagen wegen beleidigter Amts-

---

15) Die Ausführung dieser Ansicht des Obertribunals findet sich bei Hufnagel a. a. O. Bd. II. S. 198. 199. — Verläumdung begeht nach Art. 286, wer einem Andern Handlungen, welche in dem Strafgesetzbuch mit Strafe bedroht, oder ihn in der öffentlichen Meinung verächtlich zu machen geeignet sind, fälschlich beilegt. — Nach Art. 287. ist die Verläumdung, wenn sie eine schwere Beschuldigung enthält, oder wenn einer der in Art. 284, Ziff. 1—3. bezeichneten Erschwerungsgründe eintritt, mit Kreisgefängniß (von vier Wochen bis zu zwei Jahren), außerdem mit Gefängniß bis zu sechs Monaten zu bestrafen. Wurde die Verläumdung durch eine Druckschrift begangen, so kommt zu der Freiheitsstrafe noch Geldbuße von 50 bis 500 Gulden hinzu. Geschah die Verläumdung bei der Obrigkeit in der Absicht, gegen einen Unschuldigen eine Untersuchung zu veranlassen (eigentliche calumnia), so tritt nach Art. 288. Arbeitshaus bis zu drei Jahren ein. — Alle diese Strafen sind bedeutend strenger, als die in Art. 162, Ziff. 1—3. festgesetzten Strafen der Beleidigung der Amtsehre.

ehre Veranlassung gegeben: die Bestimmung nämlich, nach welcher das betreffende Vergehen auch durch herabwürdigende Worte oder Handlungen in Beziehung auf Dienstverrichtungen begangen wird.

Diese schon in dem Entwurfe des Strafgesetzbuches enthaltene Vorschrift wurde in der Kammer der Abgeordneten von mehreren Mitgliedern derselben beanstandet, und namentlich von dem Kanzler v. Wächter vom Standpunkte der Doctrin aus bekämpft. In Folge dieser Erörterungen beschloß die zweite Kammer, statt der Worte des Entwurfes:

„während ihrer Dienstverrichtungen oder in Beziehung auf dieselben"

zu setzen:

„während ihrer Dienstverrichtungen, oder in amtlichen Eingaben, oder aus Rache wegen Amtshandlungen";

ein Amendement, welchem sich auch die Kammer der Standesherren anschloß. Da jedoch die Staatsregierung auf der Beibehaltung der, allerdings mit dem damaligen württembergischen Rechte übereinstimmenden Fassung des Entwurfes beharrte, so wurde dieselbe, jedoch erst bei der dritten Berathung des Gegenstandes, von beiden Kammern angenommen.

Die bei den betreffenden Verhandlungen von mehreren Abgeordneten geäußerte Ansicht, daß diese Bestimmung kein oder doch nur ein geringes praktisches Interesse habe, hat sich jedoch durch die Erfahrung nicht bestätigt, indem ein großer Theil der Klagen wegen Amtsehrenbeleidigung sich auf Injurien bezieht, die nicht während der Dienstverrichtungen des beleidigten Beamten, sondern nur in Beziehung auf dieselben verübt worden sind. Es ist dies aus der Natur der bürgerlichen Verhältnisse sehr leicht zu erklären. Beamte geringerer Kategorie, insbesondere die in Art. 399,

Ziff. 4. bezeichneten Beamten der Stadt- und Landgemeinden [16]), stehen außerhalb ihres amtlichen Wirkungskreises mit den übrigen Bürgern ihres Wohnortes auf gleicher Stufe, und bei den hier nicht zu vermeidenden persönlichen Reibungen ist es natürlich, daß auch ihr öffentlicher Charakter nicht immer geschont wird. Wenn nun z. B. ein Bauer mit einem andern Bauer, der aber zugleich Gemeinderath des Dorfes ist, in der Schenke in Streit geräth, und ihn hiebei einen auf seine Amtsverrichtungen sich beziehenden injuriösen Vorwurf macht, so ist nach Art. 162. schon eine Beleidigung der Amtsehre vorhanden [17]).

Uebrigens ist nicht zu widersprechen, daß solche auf Amtshandlungen sich beziehende Ehrenkränkungen höher als gewöhnliche Privatinjurien zu bestrafen sind [18]), und eben so muß zugegeben werden, daß die württembergische Gesetzgebung, von diesem Princip ausgehend, nicht wohl einen andern Weg einschlagen konnte, als den, welchen

---

16) Die Ziff. 4. des Art. 399. führt speciell an: „die bei den Amtskörperschaften, den städtischen und Landgemeinden, und bei den unter öffentlicher Aufsicht und Leitung stehenden Anstalten, Stiftungen oder anderen Verwaltungen angestellten Beamten, mit Einschluß der Gemeinderäthe und gewählten Gerichtsbeisitzer."

17) Wie häufig die Beleidigung der Amtsehre von Gemeindebeamten vorkommt, erhellt aus dem Umstande, daß bis zum Jahr 1843 die Zahl der von den Gerichtshöfen abgeurtheilten Amtsehrenbeleidigungen größer war, als die Zahl der von den Bezirksgerichten entschiedenen; daß aber seit Erscheinung der provisorischen Strafproceßordnung von 1843, welche die Beleidigung öffentlicher Diener im Sinne des Art. 399, Ziff. 4. den Bezirksgerichten zuwies, nach den obigen Notizen das entgegengesetzte Verhältniß eingetreten ist. — Als Beweis, wie geneigt einige Beamte dieser Kategorie sind, ihre Person mit ihrem Amte zu identificiren, mag die Thatsache dienen, daß vor einigen Jahren ein Schultheiß in einem Berichte an sein Oberamt gesagt hat: „Das Schultheißenamt war gerade nicht zu Hause."

18) Mittermaier's Note zu Feuerbach Lehrbuch des peinlichen Rechts. 12. Ausg. §. 297. S. 266.

sie in Art. 162. gewählt hat. Hätte sie nämlich die Strafe der einfachen Privatinjurie mit Erhöhung innerhalb ihrer gesetzlichen Gränze anwenden wollen, so wäre dies bei dem niedrigen Maximum des Art. 285. (einmonatlichem Gefängniß) nicht genügend gewesen. Wären dagegen Injurien, welche gegen Beamte in Beziehung auf ihre Dienstverrichtungen verübt werden, unter den Begriff der erschwerten Privatinjurie (Art. 284.) gestellt worden, so würde die Strafe in den meisten Fällen nicht milder, sondern strenger ausgefallen seyn, als die der Beleidigung eines Beamten während seiner Dienstverrichtungen (wahren Amtsbeleidigung oder injuria publica) in Art. 162. gedrohte Ahndung. Der Art. 284. ordnet nämlich für die unter den dort namentlich angeführten erschwerenden Umständen begangene Ehrenkränkung Gefängniß bis zu Einem Jahre an [19]), während die Ziff. 1. des Art. 162. nur Gefängniß bis zu drei Monaten oder Geldbuße, die Ziff. 2. nur Gefängniß bis zu sechs Monaten festsetzt. Nur bei Realinjurien, welche an Beamten mit Beziehung auf ihre Amtsverrichtungen verübt werden, ist die Ziff. 4. des Art. 162. bedeutend strenger, als die Strafe des Art. 284, was jedoch in diesem Falle, wo fast immer wirkliche Rache wegen Amtshandlungen vorhanden seyn wird, im Interesse der gesetzlichen Ordnung zu billigen ist, und auch mit dem oben angeführten früheren Rechte, so wie mit den Vorschriften anderer Gesetzgebungen übereinstimmt.

Was nun die einzelnen Bestimmungen des Art. 162. betrifft, so steht die in Ziffer 1. für ideale, nicht öffentlich verübte Amtsehrenbeleidigungen festgesetzte Bezirks-

---

19) Ausnahmsweise ist in diesem Artikel auch Geldbuße zugelassen.

gefängnißstrafe von Einem Tage bis zu sechs Wochen beziehungsweise Kreisgefängnißstrafe von vier Wochen bis zu drei Monaten[20]) oder Geldbuße von 15 bis 100 Gulden mit der einfachen idealen Injurie gegen Privaten in Art. 285. angedrohten Gefängnißstrafe bis zu Einem Monate[21]) oder Geldbuße bis zu 25 Gulden in richtigem Verhältniß; nicht so aber mit der Strafe der erschwerten idealen Privatinjurie im Sinne des Art. 284, Ziff. 2, wie des Zusammenhanges wegen bei der folgenden Ziffer gezeigt werden soll.

Zunächst erscheint die Bestimmung der Ziffer 2. des Art. 162, welche für eine öffentlich oder in öffentlich verbreiteten Schriften geschehene ideale Amtsehrenbeleidigung Gefängniß von Einem Tage bis zu sechs Monaten festsetzt, nicht im Einklange mit der Bestimmung der Ziff. 3. des Art. 284, in welcher der an einem öffentlichen Orte, bei einer feierlichen Gelegenheit oder vor einer versammelten Menge geschehenen, oder in Schriften, in welchen der Verfasser sich entweder gar nicht mit seinem wahren Namen genannt hat (in Pasquillen) verbreiteten idealen Privatinjurie nach dem Eingange des Artikels Gefängniß bis zu Einem Jahre angedroht ist.

---

20) Nach Art. 20. des württ. Strafgesetzbuches umfaßt die Bezirksgefängnißstrafe den Zeitraum von Einem Tage bis zu sechs Wochen; die Kreisgefängnißstrafe darf nicht unter vier Wochen und in der Regel nicht über zwei Jahre verhängt werden. (Die Fälle, in welchen dieselbe ausnahmsweise bis zu sechs Jahren erstreckt werden kann, sind in dem Gesetzbuch besonders bezeichnet.) Wo nun in dem Gesetzbuche Gefängnißstrafe ohne nähere Bezeichnung erwähnt ist, sind beide vorhin erwähnte Arten derselben nach Maaßgabe ihrer gesetzlichen Gränzen zulässig.

21) Dies ist Bezirksgefängniß von Einem Tage bis zu 30 Tagen, oder Kreisgefängniß von 28 bis 30 Tagen. (Art. 37. d. Str. G. B.)

Obwohl nun im Hinblick auf die weitere Bestimmung des Art. 284, nach welcher in den drei ersten Fällen der Ziff. 3, wenn die Ehrenkränkungen minder bedeutend waren, Geldbuße bis zu 25 Gulden verhängt werden darf, das Minimum hier geringer ist, als das der Ziff. 2. des Art. 162, so ist dafür das Maximum doppelt so hoch. Es müßte dies als eine auffallende Inconsequenz der Gesetzgebung bezeichnet werden, wenn nicht aus den landständischen Verhandlungen über den Art. 267. des Entwurfes (284. des Strafgesetzbuches) hervorginge, daß das Maximum dieses Artikels besonders im Hinblick auf schwere Realinjurien festgesetzt worden ist[22]), bei öffentlich begangenen idealen Injurien aber, wenn nicht noch andere erschwerende Umstände hinzukommen, keine Anwendung zu finden hat[23]). Freilich wird aber in der Ziff. 2. des Art. 284. als ein weiterer erschwerender Umstand der Privatinjurie angeführt, wenn sie „gegen Personen, welchen der Beleidiger nach seinem Verhältnisse zu denselben besondere Achtung oder Ehrerbietung schuldig ist", verübt worden sey. Dieser Erschwerungsgrund correspondirt offenbar dem Princip des Art. 162, welches den Organen der Staatsgewalt als solchen besondere Achtung vindicirt; und doch besteht

22) Der Art. 267. des Entwurfs von 1836 drohte der erschwerten Privatinjurie nur Gefängniß bis zu sechs Monaten an, und die Erhöhung dieser Strafe auf das Doppelte erfolgte nur aus Rücksicht auf die Kammer der Standesherren, welche das Maximum sogar bis zu sechs Jahren hinaufsetzen wollte.

23) Ein Präjudiz eines der Kreisgerichtshöfe, womit sich das Obertribunal und das Justizministerium einverstanden erklärt haben, spricht die Ansicht aus: „daß wegen eines einzigen der im Art. 284. unter Nr. 1 – 4. aufgezählten erschwerenden Umstände wohl nicht leicht auf das Maximum der daselbst gedrohten Strafe werde erkannt werden können; wie sich vorzüglich daraus ergebe, daß, wenn auch alle jene erschwerenden Umstände in ihrem höchsten Grade zusammentreffen, doch keine höhere als Einjährige Gefängnißstrafe erkannt werden dürfe." Hufnagel a. a. O. Bd. II. S. 191.

kein richtiges Verhältniß zwischen den betreffenden Strafen, indem nach Art. 162, Ziff. 1. nicht über drei, nach Ziff. 2. nicht über sechs Monate aufgestiegen werden kann. Es geht hieraus hervor, daß es eine mißliche Sache ist, eine Gattung der Injurie zu einem besondern öffentlichen Verbrechen zu stempeln, und daß man sich hiebei leicht in Widersprüche und Inconvenienzen verwickelt. Die einfachen Vorschriften des Art. 201. des sächsischen Strafgesetzbuches und des §. 268. des badischen Entwurfes [24]) verdienen in dieser Hinsicht entschieden den Vorzug vor den verwickelten und casuistischen Bestimmungen der württembergischen Gesetzgebung, wie schon Hepp Commentar über das Strafgesetzbuch Bd. II. S. 450. bemerkt hat.

Wie übrigens das Strafgesetzbuch jetzt einmal lautet, wird der Richter in der Anwendung desselben das Mißverhältniß zwischen den Strafbestimmungen des Art. 162, Ziff. 1 und 2. einer- und des Art. 284, Ziff. 2 und 3. andererseits nur dadurch ausgleichen können, daß er in dem angeführten Falle der Ziff. 2. des Art. 284. in der Regel [25]) nicht über drei Monate, und selbst bei öffentlicher Verübung einer solchen Injurie (Art. 284, Ziff. 3.) nicht leicht über sechs Monate aufsteigt [26]).

Die Bestimmung der Ziffer 3. des Art. 162, nach welcher, wenn eine öffentliche Beleidigung der Amtsehre mittelst der Presse verübt worden ist, mit der unter

24) Auch der §. 185. des preußischen Strafgesetzentwurfes von 1843 zeichnet sich durch solche Einfachheit aus.

25) Bei besonders schweren Fällen, z. B. Beschimpfung der Eltern, könnte diese Regel immerhin Ausnahmen leiden.

26) Die Strafe der Ziff. 2. des Art. 162. ist nur in dem Falle strenger, als die Strafe einer öffentlich verübten Privatinjurie, wenn die Amtsehre in öffentlich verbreiteten Schriften, welche weder Pasquille noch Druckschriften sind, angegriffen wurde; denn dieser Fall ist in Art. 284. nicht erwähnt und ist daher bei Angriffen auf Privatpersonen als einfache Injurie nach Art. 285. zu ahnden.

Ziff. 2. erwähnten Gefängnißstrafe Geldbuße von 25 bis 150 Gulden verbunden werden soll, entspricht dem in dem Strafgesetzbuche consequent durchgeführten, nach unserer Meinung jedoch in seiner Allgemeinheit nicht zu billigenden Grundsatze, nach welchem mittelst der Presse begangene Ehrenverletzungen neben der Freiheitsstrafe mit Geldbuße zu ahnden sind [27]). Das Maaß der im vorliegenden Falle festgesetzten Geldbuße ist das gleiche, welches der Schlußsatz des Art. 284. für eine durch Druckschriften verbreitete Injurie bestimmt, dagegen bedeutend gelinder als dasjenige, welches der Art. 287. der mittelst der Presse begangenen Verläumdung androht.

Bei der thätlichen Beleidigung der Amtsehre, mit welcher sich die Ziffer 4. des Art. 162. beschäftigt, steigt die Strafe im Minimum und Maximum hoch über diejenige hinaus, welche der an Privatpersonen verübten Realinjurie gedroht ist. Der Art. 284, Ziff. 4. erklärt nämlich (mit Recht) jede durch Thätlichkeit gegen die Person begangene Ehrenkränkung für eine erschwerte. Die Strafe dieses Artikels ist, wie schon mehrfach bemerkt wurde, Gefängniß von Einem Tage bis zu Einem Jahre. Statt desselben darf jedoch auf Geldstrafe bis zu hundert Gulden erkannt werden, wenn der Beleidiger von dem Beleidigten in hohem Grade gereizt war; auch darf außerdem, wie in den drei ersten Fällen der Ziff. 3, so auch im Falle der Ziff. 4, wenn leichtere Thätlichkeiten ohne Vorbedacht ver-

27) Diese aus der französischen Gesetzgebung entlehnte Cumulirung von Freiheits- und Geldstrafe hat keinen andern Zweck, als den, daß bei Preßvergehen, für welche der Redacteur der betreffenden Zeitschrift einstehen muß, der unbekannte wahre Schuldige wenigstens einigermaßen getroffen werde, indem man voraussetzt, daß sich der Redacteur die Geldbuße von ihm werde bezahlen lassen. Dieser Grund fällt aber hinweg, wenn der Verfasser des strafbaren Inserats sich genannt hat oder überhaupt bekannt ist. Warum soll nun dieser mit doppelten Ruthen gezüchtigt werden?

übt wurden, Geldbuße bis zu fünf und zwanzig Gulden verhängt werden. Dagegen ist die Strafe der thätlichen Amsehrenbeleidigung im Minimum viermonatliches, im Maximum zweijähriges Kreisgefängniß, und in besonders schweren Fällen Arbeitshausstrafe von sechs Monaten bis zu zwei Jahren, welche den Verlust aller bürgerlichen Ehrenrechte zur Folge hat. Die Androhung dieser Strafe für grobe Mißhandlung höherer Beamten — in welchem Fall auch ausländische Gesetzgebungen Arbeitshaus- oder Zuchthausstrafe festsetzen — hat bei der landständischen Berathung in beiden Kammern den lebhaftesten Widerspruch erfahren [28]), und nur die Gefahr, wegen dieses Punktes das ganze Gesetzbuch scheitern zu sehen, vermochte die Ständeversammlung zur Nachgiebigkeit zu bewegen. Da jedoch diese entehrende Strafe nach dem oben Ausgeführten in dem früheren württembergischen Recht bei schweren Realinjurien gegen Beamte begründet war, da sie ferner in Art. 162. nur facultativ angedroht und auf Fälle beschränkt ist, die nur höchst selten vorkommen werden [29]), auch wirklich seit Emanirung des Strafgesetzbuches bis jetzt nicht vorgekommen sind, und da dieselbe endlich sowohl nach der in Ziff. 4. des Art. 162. beigefügten Beschränkung, als auch nach der Bestimmung des Art. 165. in allen Fällen ausgeschlossen ist, in welchen der Beleidiger durch eine gesetzwidrige Verfügung oder ein ungebührliches Be-

---

28) Die Kammer der Standesherren trat noch weit entschiedener dagegen auf, als die zweite Kammer, welch' letztere bei ihrer ersten Berathung die Arbeitshausstrafe im Falle einer mit vorbedachtem Entschlusse verübten schweren Mißhandlung zulassen wollte.

29) Als solche Fälle wurden in der zweiten Kammer vom Ministertische aus grobe Mißhandlung des Präsidenten der höchsten Gerichtsstelle während seiner Amtsfunctionen, oder des ersten Generals der Armee vor der Fronte angeführt. — Vergl. Grolman Grundsätze der Criminalrechtswissenschaft. 3. Aufl. §. 226. (S. 255.)

nehmen der Behörde oder des Dieners zu der Beleidigung veranlaßt wurde; so scheint uns die betreffende Bestimmung weit eher gerechtfertigt, als das für die leichtesten Fälle thätlicher Amtsehrenbeleidigung festgesetzte Minimum von vier Monaten Kreisgefängniß. Letzteres hätte mit Rücksicht auf ganz unbedeutende Thätlichkeiten, welche nach dem älteren Rechte nicht als „Mißhandlungen" hätten angesehen werden können [30]), und deßhalb nach der Verordnung vom 13. December 1816 möglicherweise nur mit vier Wochen zu bestrafen gewesen wären, wohl um die Hälfte gelinder bemessen werden dürfen, was auch in der Kammer der Abgeordneten beantragt und nur mit Mehrheit von zwei Stimmen abgelehnt worden ist.

Das Mißverhältniß, welches zwischen den Strafen der thätlichen Amtsehrenbeleidigung und thätlichen Widersetzung (Art. 171, Ziff. 2.) stattfindet, kann erst bei der letzteren Materie gehörig erörtert werden. Referent beschränkt sich daher darauf, sich gegen den Schlußsatz des Art. 162. und gegen die in demselben enthaltene exceptionelle Bestimmung hinsichtlich der Strafe einer mit thätlicher Amtsehrenbeleidigung zusammentreffenden Körperverletzung auszusprechen.

Der Art. 261. des Strafgesetzbuches bestimmt nämlich, daß, wenn durch eine mit vorbedachtem Entschlusse verübte Körperverletzung weder ein bleibender Schaden gestiftet, noch überhaupt Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit

---

30) Die Praxis der meisten württembergischen Gerichte verstand unter dem in Art. 26. des Majestätsgesetzes gebrauchten Ausdruck „Mißhandlung", welchen das Gesetz nicht näher definirte, solche Thätlichkeiten, welche entweder erhebliche Schmerzen verursachen, oder einen beschimpfenden Charakter haben. Knapp, das württembergische Criminalrecht. Stuttgart 1828. S. 207.

verursacht worden sey, die in Art. 284. auf Thätlichkeiten gesetzten Strafen zur Anwendung kommen sollen. Wurden derartige Körperverletzungen ohne Vorbedacht im Affecte verübt, so tritt nach Art. 263, Ziff. 4. in bedeutenderen Fällen Gefängniß bis zu vier Monaten, in leichteren Geldstrafe bis zu 25 Gulden ein. — Von der Bestimmung des Art. 261. weicht nun aber der Schlußsatz des Art. 162. ab, indem er, wenn mit der thätlichen Beleidigung eines öffentlichen Dieners körperliche Verletzung zusammentrifft, die auf die Widersetzung bestimmte Strafe (Art. 171, Ziff. 3.) für verwirkt erklärt. Diese Strafe beträgt, wenn an der obrigkeitlichen Person eine Körperverletzung im Sinne des Art. 261. begangen worden ist, sechsmonatliches bis zweijähriges Kreisgefängniß und in den schwersten Fällen sechsmonatliches bis dreijähriges Arbeitshaus. Es steht diese Bestimmung, wie später gezeigt werden soll, mit der Strafe der Ziff. 2. des Art. 171. in grellem Mißverhältnisse; sie hätte aber auch nicht in den Art. 162. hereingezogen werden sollen, indem die Strafe der Ziff. 4. dieses Artikels auch für unbedeutende Körperverletzungen hoch genug erscheint, bei schwereren Körperverletzungen aber ohnehin die Grundsätze über den Zusammenfluß der Verbrechen zur Anwendung kommen.

Es wäre daher gewiß passender gewesen, wenn in Ziff. 4. des Art. 162. Körperverletzungen im Sinne des Art. 261. hinsichtlich der Strafe den Thätlichkeiten (Realinjurien) gleichgestellt worden wären, wobei ja den Gerichten freigestanden hätte, die ersteren innerhalb des Rahmens strenger zu ahnden. Bei schwereren, mit thätlicher Beleidigung der Amtsehre zusammentreffenden Körperverletzungen hätte dann, wie es auch im Schlußsatze des Art. 171. bezüglich der Widersetzung geschehen ist, auf die Grundsätze über die Concurrenz der Verbrechen, übri-

gens unter ausdrücklicher Anführung des Art. 123 [31]), hingewiesen werden können.

Gegen den Art. 163, nach welchem die Bestimmungen des Art. 162. auch bei Beleidigungen gegen landständische Collegien und deren Mitglieder zur Anwendung kommen sollen, findet Referent nichts einzuwenden. Bei der Berathung in der Kammer der Abgeordneten wurden zwar theils gegen die Worte „landständische Collegien", theils gegen den ganzen Artikel Einwendungen erhoben; die Mehrheit der Kammer entschied sich jedoch, wie uns scheint mit Recht, für die unveränderte Beibehaltung dieses Artikels, der übrigens bis jetzt nicht praktisch geworden ist.

Der Art. 164. handelt von der Beleidigung der Amtsehre untergeordneter Diener der Obrigkeit im Sinne des Art. 399, Ziff. 5. Welche Kategorieen von Dienern unter diese Ziffer fallen, ist im Einzelnen oft schwer zu bestimmen, und es kann daher im concreten Falle zweifelhaft seyn, ob eine Amtsehrenbeleidigung nach Art. 162. oder nach Art. 164. zu bestrafen sey. Hufnagel a. a. O.

---

31) Dieser Artikel handelt von der im vorliegendem Falle allein in Frage kommenden idealen Concurrenz. Er bestimmt, daß, wenn Jemand durch Eine Handlung mehrere Strafgesetze, oder dasselbe Strafgesetz gegen verschiedene Personen übertreten hat, die Strafe der schwersten Uebertretung, jedoch mit angemessener Erhöhung oder Schärfung durch gesetzlich erlaubte Zusätze (Dunkelarrest, schmale Kost u. s. w.) angewendet werden soll, vorbehältlich besonderer Bestimmungen des Gesetzbuches über einzelne Fälle. — Der Verfasser gegenwärtiger Kritik hat in seiner kleinen Schrift: „Erörterungen und Vorschläge über einzelne Materien des Strafgesetzbuches für das Königreich Württemberg vom Jahr 1839, mit Rücksicht auf künftige Revision desselben, Stuttgart 1844." die Lehre des Strafgesetzbuches über die ideale Concurrenz auf S. 39—61. einer ausführlichen Erörterung unterworfen.

Bd. I. S. 402—405. hat dieser Frage eine besondere Erörterung gewidmet, und am Schlusse derselben mit Recht bemerkt, daß der Richter in einem solchen Zweifelsfalle die mildere Strafbestimmung anzuwenden habe.

Die Definition des Art. 164. unterscheidet sich von der des Art. 162. wesentlich dadurch, daß erstere als Verletzungen der Amtsehre nur solche Beleidigungen untergeordneter obrigkeitlicher Diener bezeichnet, welche denselben in der Ausübung ihres Dienstes zugefügt werden. Ehrenkränkungen derselben in Beziehung auf ihre Dienstverrichtungen sind daher, und zwar mit vollem Rechte, von der Bestimmung des Art. 164. ausgeschlossen, und wie gewöhnliche Privatinjurien nach Art. 283—285. zu behandeln, wobei es keinem Zweifel unterliegen kann, daß die Strafe der erschwerten Ehrenkränkung (Art. 284.) nur da Anwendung zu finden hat, wo sie auch wegen Beleidigung einer Privatperson einzutreten hätte; denn daß untergeordnete obrigkeitliche Diener nicht nur während ihrer Dienstverrichtungen, sondern auch in Beziehung auf dieselben „besondere Achtung oder Ehrerbietung" zu fordern hätten, und daher stets der Art. 284, Ziff. 2. hier Platz zu greifen habe, wird gewiß nicht behauptet werden wollen.

Was nun aber die Beleidigung solcher Diener während ihrer Dienstverrichtungen betrifft, so steht die in Ziffer 1. des Art. 164. für die Ehrenkränkung durch beschimpfende Worte oder Zeichen festgesetzte Bezirksgefängnißstrafe (von Einem Tage bis zu sechs Wochen) oder Geldbuße bis zu 100 Gulden sowohl mit der Strafe des Art. 162, Ziff. 1, als mit der des Art. 285. im Ganzen in richtigem Verhältniß[32]). Auch mit

32) Das Maximum der Geldstrafe des Art. 164, Ziff. 1. wäre übrigens passender auf 50 Gulden festgesetzt worden, was die

der mehrfach erwähnten Bestimmung des Art. 284, Ziff. 2. wird hier kein Widerspruch gefunden werden können, indem der Achtung, welche man allerdings auch den untergeordneten Vollstreckern des Gesetzes während ihrer Amtsthätigkeit schuldig ist, schon durch eine geringere Erhöhung der Injurienstrafe genügende Rechnung getragen wird.

Ueber den Fall, wenn untergeordneten obrigkeitlichen Dienern in der Ausübung ihres Dienstes eine öffentliche Beleidigung zugefügt worden ist, enthält der Art. 164. keine Bestimmung; es kann jedoch nicht bezweifelt werden, daß hier der Art. 284, Ziff. 3. eben so gut in Anwendung kommen muß, wie bei der öffentlichen Privatinjurie. Dabei kann freilich der Richter im Hinblick auf das Maximum des Art. 162, Ziff. 2. bezüglich der Strafbemessung in nicht geringe Verlegenheit gerathen. — Das Strafgesetzbuch hätte gewiß besser gethan, wenn es für alle Fälle der idealen Amtsehrenbeleidigung obrigkeitlicher Personen und Diener die Strafe der erschwerten Ehrenkränkung, deren Rahmen je nach Art. 284. sehr weit ist, festgesetzt, und nur thätliche Mißhandlung öffentlicher Diener jeder Kategorie während ihrer Dienstverrichtungen oder aus Rache wegen Amtshandlungen mit besonderen, strengeren Strafen bedroht hätte.

Die Bestimmung der Ziffer 2. des Art. 164, nach welcher die durch Thätlichkeiten verübte Beleidigung eines untergeordneten obrigkeitlichen Dieners mit Gefängnißstrafe von vierzehn Tagen bis zu Einem Jahre geahndet werden soll, erscheint angemessen, und

Hälfte der in Art. 162, Ziff. 1. und das Doppelte der in Art. 285. statuirten höchsten Geldbuße wäre. Auch sollte es in Art. 285. heißen: „Bezirksgefängniß bis zu Einem Monate“; damit bei einfachen Injurien die in der öffentlichen Meinung immerhin beschimpfende Kreisgefängnißstrafe ausgeschlossen wäre.

die Androhung dieser Strafe auch in dem Falle, „wenn dem Diener solche Thätlichkeiten nicht im Dienste, doch aber aus Rache wegen einer Amtshandlung zugefügt worden sind, wird durch die Betrachtung gerechtfertigt, daß gerade untergeordnete obrigkeitliche Diener Mißhandlungen aus Rache am meisten ausgesetzt sind. Das Maximum hätte vielleicht sogar im Hinblick auf die Strafe des Art. 284. etwas höher bemessen werden dürfen; jedoch könnte die Consequenz hier zur Härte führen. Dagegen hätten auch hier Realinjurien und leichte Körperverletzungen in der Strafe einander gleichgestellt, und der Schlußsatz des Art. 164, welcher im Falle einer körperlichen Verletzung des Beleidigten die Strafen des Art. 172. androht, weggelassen werden sollen.

Da Referent weder gegen die Bestimmung des Art. 165, nach welcher eine gesetzwidrige Verfügung oder ein ungebührliches Benehmen der Behörde oder des Dieners als Strafmilderungsgrund der Amtsehrenbeleidigung erscheint, noch gegen die Vorschrift des Art. 166, welche das Verfahren von Amts wegen bei diesem Vergehen ausschließt, eine Einwendung vorzubringen hat, so erlaubt er sich nur noch über den von Angriffen auf die Ehre der Staatsregierung handelnden Art. 167. einige kurze Bemerkungen.

Der erste Absatz dieses Artikels handelt von Verläumdung der Staatsregierung durch Erdichtung oder Entstellung von Thatsachen, der zweite von Ehrenkränkung derselben durch Schmähungen. Der dritte Absatz spricht theils von der Beihülfe zu diesen beiden Vergehen, welche hier mit einer milderen Strafe bedroht ist, als nach den Grundsätzen des allgemeinen Theils des Strafgesetzbuches eintreten würde; theils von einer

leichteren Art der Verläumdung, wenn nämlich der Schuldige keine der Ehre der Staatsregierung nachtheiligen Thatsachen selbst erdichtet oder entstellt, sondern nur umlaufende ehrenrührige Gerüchte wissentlich als glaubhafte Thatsachen dargestellt hat. Die Motive der Regierung zu dem Entwurf des Strafgesetzbuches von 1836 bemerken, es sey in Beziehung auf diesen letzteren Fall zwar die Meinung geäußert worden, daß hier der Uebertreter dieselbe Strafe verwirkt habe, welche den Erfinder solcher Gerüchte treffe; man habe aber denjenigen, welcher umlaufende Gerüchte als glaubhafte Thatsachen darstelle, doch gelinder ansehen zu müssen geglaubt, als denjenigen, welcher die Thatsachen erdichte. Vergl. Hepp a. a. O. S. 492—495.

Zu mißbilligen ist die Bestimmung des Art. 167, nach welcher in allen Fällen desselben, auch wenn die Verläumdung oder Injurie nur mündlich verübt worden, neben der Freiheitsstrafe auf Geldbuße erkannt werden soll; wogegen es andererseits als Milderung des früheren Rechtes anzuerkennen ist, daß nur öffentlich begangene Verletzungen der Ehre der Staatsregierung der Strafe des Art. 167. unterliegen, sowie daß dieselben nur auf Klage der Staatsbehörde untersucht und bestraft werden, während nach Art. 25. des Gesetzes vom 5. März 1810 von Amts wegen eingeschritten werden mußte.

Wir wenden uns nunmehr zu dem Verbrechen der Widersetzung, welches nach den oben gegebenen statistischen Notizen zwar seltener, als das der Amtsehrenbeleidigung, aber gleichwohl häufig genug vorkommt. Uebrigens ist der bei weitem größere Theil der zur gerichtlichen Aburtheilung kommenden Widersetzungen nicht gegen höhere Beamte oder obrigkeitliche Personen, sondern gegen

untergeordnete Diener der Obrigkeit gerichtet, und letztere mögen allerdings, wie in der Kammer der Abgeordneten bei Berathung der betreffenden Materie vielfach geklagt wurde, nicht selten durch barsches und grobes Benehmen selbst Veranlassung zur Widersetzlichkeit geben.

Die Bestimmungen, welche das frühere Recht über dieses Verbrechen enthielt, sind bereits oben angeführt worden, und es ist hier nur noch beizufügen, daß zufolge der Verordnung vom 13. Dec. 1816 der Begriff der Widersetzlichkeit nicht blos durch wirkliche Anlegung von Gewalt, sondern auch durch ernstliche Androhung derselben begründet wurde [33]).

Der Begriff der Widersetzung ist nach dem Strafgesetzbuche im Wesentlichen derselbe, welcher in dem früheren Rechte aufgestellt war, jedoch mit dem Unterschiede, daß Rache wegen Amtshandlungen, welche in dem oben erwähnten Art. 26. des sog. Majestätsgesetzes als Widersetzlichkeit behandelt wurde, nach dem Strafgesetzbuche als Beleidigung der Amtsehre erscheint, und daher jetzt nicht mehr von Amts wegen, sondern nur auf Klage bestraft wird.

Wenn es in der Definition des Art. 171. zunächst heißt, daß derjenige der Widersetzung schuldig sey, welcher sich der Vollziehung obrigkeitlicher Anordnungen durch gewaltsamen Widerstand gegen obrigkeitliche Personen oder Diener entgegensetze; so ist dies der Fall der Widersetzung im eigentlichen Sinne. Von dem Thatbestande desselben ist der einfache Ungehorsam gegen obrigkeitliche Anordnungen ausgeschlossen, indem derselbe nur als polizeiliches Vergehen zu bestrafen ist. Dagegen enthalten die hervorgehobenen Worte des Art. 171.

---

33) Ueber das frühere Recht in dieser Materie s. Knapp a. a. O. S. 200—214.

sowohl den *activen* Widerstand (die *offensive* Gewalt), als auch den *passiven* (die *defensive* Gewalt), welch' letzterer Fall von dem früheren württembergischen Rechte mit dem Ausdruck „*Unbotmäßigkeit*" bezeichnet wurde, und dessen Strafe jetzt in dem mit dieser Ueberschrift versehenen Art. 173. bestimmt ist. Dieses Vergehens, das von dem Strafgesetzbuche mit Recht zwar als eine Art der Widersetzung betrachtet, aber mit geringerer Strafe bedroht wird, als die Verübung angreifender Gewalt, macht sich z. B. derjenige schuldig, welcher, um die Vollziehung einer gegen ihn verhängten Gefängnißstrafe zu hindern, sich an eine Thüre anklammert oder zur Erde wirft, und dadurch seine gewaltsame Fortschleppung nothwendig macht. — *Hufnagel* a. a. O. Bd. I. S. 434. 435. 440. Bd. II. S. 914. Bd. III. S. 227.

Was dagegen den zweiten in Art. 171. als Widersetzung bezeichneten Fall betrifft, wenn nämlich die Obrigkeit zu Vornahme, Unterlassung oder zur Zurücknahme einer Amtshandlung *durch Gewalt oder durch Drohung mit derselben* zu nöthigen gesucht wird, so ist hier unter dem Worte *Gewalt* dem ganzen Zusammenhange nach nur die *offensive* zu verstehen. Die *Drohung* mit derselben muß, um den Begriff der Widersetzung zu begründen, auf *augenblickliche Anwendung* physischer Gewalt gegen die Person des öffentlichen Dieners gerichtet seyn; was zwar nicht in den Worten des Art. 171. liegt, aber nach der Erklärung der Staatsregierung über dieselben nicht in Zweifel gezogen werden kann [34]). Es kann dies allerdings zu seltsamen Resultaten führen, indem derjenige, welcher einen Beamten, um ihn zu Vornahme einer Amtshandlung zu nöthigen, mit Ermordung in der nächsten Nacht bedroht, nur *auf*

---

34) *Hepp* a. a. O. S. 559. 573.

Klage des Beamten wegen Röthigung (Art. 281. des Strafgesetzbuches) bestraft werden kann; derjenige dagegen, welcher einem mit seiner Verhaftung beauftragten Polizeidiener mit geringer, aber sogleich anzuwendender Gewalt droht, als der Widersetzung schuldig von Amts wegen zu bestrafen ist.

Dieser zweite Fall des Art. 171. wird übrigens in dem badischen Entwurfe §. 567. richtiger als öffentliche Gewaltthätigkeit bezeichnet, und auch in der Strafe von der eigentlichen Widersetzlichkeit oder Widersetzung unterschieden. Die gleiche Unterscheidung ist auch in dem sächsischen Strafgesetzbuche gemacht. Hepp a. a. O. S. 593—595.

Die Strafe der Widersetzung steigt nach Art. 171 und 172. von Eintägigem Gefängnisse bis zu dreijährigem Arbeitshause. Sie ist somit bedeutend gelinder als die des früheren Rechts, welche nach dem oben Angeführten vierwöchentliches Zuchthaus betrug.

Um nun die einzelnen Strafbestimmungen des Art. 171. über die drei Grade der Widersetzung gegen obrigkeitliche Personen zu erörtern, so wird in der Ziffer 1. desselben Gefängniß bis zu sechs Monaten festgesetzt, wenn blos Drohungen, jedoch ohne den Gebrauch von Waffen, ausgestoßen wurden. Es ist diese dem ersten leichtesten Grade[35]) der Widersetzung angedrohte Strafe ganz dieselbe, welche der Art. 282. des Strafgesetzbuches für gefährliche Drohungen gegen Privatpersonen anordnet, und es findet nur der Unterschied Statt, daß bei letzteren nur auf Klage des Be-

35) Nur der passive Widerstand, die blos abwehrende Gewalt wird nach Art. 173. im Maximum noch gelinder bestraft.

drohten, bei der Widersetzung dagegen immer ex officio zu verfahren ist. Indeß möchte diese Gleichheit der Strafen deshalb nicht als eine Inconsequenz zu bezeichnen seyn, weil nach der Auslegung, die wenigstens Referent dem Art. 282. geben zu müssen glaubt, derselbe mit dem Ausdruck „gefährlich" nur Drohungen mit schweren Verbrechen (minas atroces, capitales) im Auge hat [36]), die Ziff. 1. des Art. 171. dagegen auch Drohungen mit unbedeutender thätlicher Gewalt, mit leichteren Realinjurien, in sich begreift [37]).

Die Ziffer 2. des Art. 171. setzt Kreisgefängniß von vier Monaten bis zu Einem Jahre fest, wenn an der obrigkeitlichen Person Thätlichkeiten verübt, oder wenn ihr mittelst Führung von Waffen [38]) Gewalt gedroht worden. Was den zweiten Fall dieser mittleren Stufe der Widersetzung betrifft, so erscheint es zweckmäßig, die mit Waffen verübten Drohungen, ihrer subjectiven und objectiven Gefährlichkeit wegen, mit höherer Strafe als andere Drohungen zu belegen. Auch gegen das Maaß dieser Strafe ist keine wesentliche Einwendung zu machen; jedoch hätte in Uebereinstimmung mit dem früher geltenden Rechte ein Minimum von drei Monaten angenommen werden dürfen.

Was dagegen den ersten Fall der Ziff. 2. des Art. 171, nämlich die mit Thätlichkeiten an der obrigkeitlichen Person

---

36) Ueber die in mehrfacher Beziehung zweifelhafte Lehre des württembergischen Strafgesetzbuches von den Drohungen hat sich Referent in seinem oben erwähnten Schriftchen S. 61—71. ausgesprochen.

37) Andere Gesetzgebungen verlangen auch zum Begriffe der Widersetzung gefährliche Drohungen.

38) Unter Waffen werden nach Art. 139. des württ. Strafgesetzbuches Werkzeuge verstanden, „mit welchen, nach ihrer gewöhnlichen Wirkung, eine lebensgefährliche Verletzung zugefügt werden kann."

verbundene Widersetzung [39]) betrifft, so steht die Strafe derselben mit der Strafe der thätlichen Beleidigung der Amtsehre obrigkeitlicher Personen (Art. 62, Ziff. 4.) in dem größten Mißverhältniß. Das Minimum beträgt in beiden Fällen viermonatliches Kreisgefängniß, was bei der Widersetzung angemessen, bei der Amtsehrenbeleidigung aber zu hoch ist; dagegen ist das Maximum der Strafe thätlicher Widersetzung nach Art. 171, Ziff. 2. einjähriges, das Maximum der Strafe thätlicher Amtsehrenbeleidigung dagegen nach Art. 162, Ziff. 4. zweijähriges Kreisgefängniß, nach Umständen sogar zweijähriges Arbeitshaus. Die gröbste und schmählichste, von einem der Widersetzung Schuldigen an einem hochgestellten Beamten öffentlich verübte Mißhandlung kann also, sofern sie keine Körperverletzung zur Folge hat, höchstens mit einjährigem, nicht entehrendem Gefängnisse, folglich mit keiner höheren Strafe geahndet werden, als nach Art. 284. die unter erschwerenden Umständen an einer Privatperson begangene Injurie; wogegen im Falle der Amtsehrenbeleidigung unter den gleichen Voraussetzungen der Thäter zu zweijährigem Arbeitshause, somit zu einer nach Art. 50. viermal höheren [40]), auf immer entehrenden Strafe verurtheilt werden muß. Und doch kann es nicht dem mindesten Zweifel unterliegen, daß die Widersetzung, durch welche nicht nur das Organ der öffentlichen Gewalt beleidigt, sondern dieser Gewalt selbst Trotz geboten und die gesetzliche Ordnung unmittelbar bedroht

39) Dieselbe kann sowohl in gewaltsamem activen Widerstande gegen die obrigkeitliche Person, als in gewaltsam versuchter Nöthigung derselben zu einer Amtshandlung bestehen.

40) Nach Art. 50. wird Einjähriges Kreisgefängniß sechsmonatlichem Arbeitshause gleich geachtet; folglich sind zwei Jahre Arbeitshaus gleich vier Jahren Kreisgefängniß.

S 2

wird, ein schwereres Verbrechen ist, als die Beleidigung der Amtsehre.

Die betreffende Inconsequenz des Strafgesetzbuches ist daher weder zu läugnen, noch zu rechtfertigen. Wollte man aber dieselbe für praktisch unwichtig erklären, weil eine durch Thätlichkeiten an dem Beamten begangene Widersetzung nothwendig eine Beleidigung der Amtsehre desselben enthalte und daher nach den Grundsätzen der idealen Concurrenz zu verfahren sey; so wäre dies gleichfalls unrichtig: denn die Grundsätze von der Concurrenz können auf den vorliegenden Fall durchaus keine Anwendung finden [41]).

Die Ziffer 3. des Art. 171. setzt für die dritte Stufe der Wiedersetzung, nämlich für den Fall, wenn an der obrigkeitlichen Person eine Körperverletzung im Sinne des Art. 261. begangen worden ist, sechsmonatliches bis zweijähriges Kreisgefängniß fest, und fügt bei, daß die Strafe bei schweren Mißhandlungen nach Maaßgabe der höheren Würde der obrigkeitlichen Person bis auf dreijähriges Arbeitshaus erstreckt werden könne. Dieselbe Strafe hat nach dem Schlußsatze des Art. 162. bei einer mit thätlicher Beleidigung der Amtsehre zusammentreffenden Körperverletzung im Sinne des Art. 261. einzutreten.

Allein abgesehen von dieser schon oben getadelten Gleichstellung der Strafe zweier nicht gleich schwerer Verbrechen ist es gewiß nicht zu billigen, daß die mit einer unbedeutenden Körperverletzung [42]) verbundene Widersetzlich-

---

41) Referent glaubt dies in seiner mehrerwähnten Schrift S. 41. 42. nachgewiesen zu haben, und Hufnagel a. a. O. Bd. III. S. 654. hat ihm hierin beigestimmt, so wie auch die württembergische Praxis stets dieser Ansicht gewesen ist.

42) Denn unter den Art. 261. kann nur eine unbedeutende Beschädigung fallen.

keit eine im Maximum sechsmal höhere Strafe[43]) nach sich ziehen soll, als die durch Realinjurien verübte Widersetzung: indem, wie schon oben bemerkt wurde, Körperverletzungen der bezeichneten Art an und für sich den Thätlichkeiten gleich bestraft werden; indem ferner nach Art. 260. schon derjenige der Körperverletzung schuldig ist, welcher durch eine Handlung, deren Erfolg er als sehr wahrscheinlich vorhersehen konnte, einen Andern an seinem Körper oder an seiner Gesundheit beschädigt, und daher eine leichte Körperverletzung keineswegs nothwendig einen größeren rechtswidrigen Vorsatz beweist, als eine Realinjurie: wie denn auch grobe und schimpfliche Mißhandlungen möglicherweise keine Beschädigung zur Folge haben, umgekehrt aber auch leichtere Thätlichkeiten eine Verletzung nach sich ziehen können.

Diese Inconvenienzen hätten sämmtlich durch Gleichstellung der Thätlichkeiten und leichteren Körperverletzungen vermieden werden können. Es hätte nämlich in Ziff. 2. des Art. 171. für die durch Drohungen mit Waffen verübte Widersetzung dreimonatliches bis einjähriges, sodann in Ziff. 3. für die mit Thätlichkeiten oder Körperverletzungen im Sinne des Art. 261. verbundene Widersetzung viermonatliches bis zweijähriges Kreisgefängniß, und bei schweren Mißhandlungen höherer Beamten Arbeitshaus bis zu drei Jahren festgesetzt werden müssen, was in Verbindung mit den oben erwähnten Abänderungen des Art. 162. ein richtiges Strafverhältniß ergeben haben würde. Die Strafe der thätlichen Widersetzung wäre

43) Dreijähriges Arbeitshaus ist nach Art. 50. sechsmal höher, als einjähriges Kreisgefängniß, abgesehen von dem Verlust der Ehrenrechte. — Nach dem Schlußsatz des Art. 162. wird eine mit leichter Körperverletzung verbundene Amtsehrenbeleidigung im Maximum gleichfalls sechsmal härter bestraft, als nach Art. 171, Ziff. 2. die thätliche Widersetzung!

hiedurch strenger geworden, als die der thätlichen Amtsehrenbeleidigung, wie unten nachgewiesen werden soll.

Die der Widersetzung in den schwersten Fällen der Ziff. 3. angedrohte Arbeitshausstrafe hat in der Ständeversammlung ebenso großen Widerspruch erfahren, ist aber auch bis jetzt eben so wenig zur Anwendung gekommen, als bei der thätlichen Amtsehrenbeleidigung.

Gegen den Schlußsatz des Art. 171, welcher bestimmt, daß bei einer mit Widersetzung verbundenen schwereren Körperverletzung die Grundsätze über den Zusammenfluß der Verbrechen zur Anwendung kommen, ist nichts einzuwenden, indem dies schon nach allgemeinen strafrechtlichen Principien hätte geschehen müssen. Da jedoch im vorliegenden Falle durch Eine Handlung mehrere Strafgesetze übertreten werden, so hätte auf den von der idealen Concurrenz handelnden Art. 123. ausdrücklich hingewiesen werden sollen.

Der Art. 172. enthält die Strafen der Widersetzung gegen die mit Vollziehung einer obrigkeitlichen Anordnung beauftragten untergeordneten Diener der Obrigkeit und gegen die zu ihrem Beistande zugezogenen Personen. Daß letzteren der gleiche gesetzliche Schutz gewährt wird, wie den obrigkeitlichen Dienern selbst, erscheint ganz angemessen und ist auch schon von der strafrechtlichen Commission der zweiten Kammer in ihrem Hauptberichte über den Entwurf des Strafgesetzbuches gebilligt worden. Vergl. Hufnagel a. a. O. Bd. I. S. 439. — Ebenso vermag es Referent nur zu billigen, daß die Widersetzung gegen untergeordnete obrigkeitliche Diener mit geringerer Strafe bedroht ist, als die gegen obrigkeitliche Personen.

Die Strafe des Art. 172. im Allgemeinen ist Gefängnißstrafe von ihrer geringsten bis zu ihrer höchsten Dauer, d. h. nach Art. 20. von Einem Tage bis zu zwei

Jahren. Dieselbe theilt sich aber in drei Grade, entsprechend den in Art. 171. angeführten drei Stufen der Widersetzung.

Der erste Grad, wenn blos Drohungen, ohne den Gebrauch von Waffen, ausgeschlossen wurden, ist Gefängniß bis zu sechs Wochen [44]). Diese Strafe steht mit der des Art. 282. im Widerspruch, indem letzterer Artikel Drohungen gegen Privatpersonen mit Gefängniß bis zu sechs Monaten belegt. Zwar ist schon bei Art. 171. angeführt worden, daß Widersetzung auch durch minder bedeutende Drohungen mit Gewalt begangen werden kann, während bei Art. 282. gefährliche Drohungen verlangt werden; ferner fallen unter letzteren Artikel, wie Hufnagel a. a. O. Bd. II. S. 165. bemerkt, auch Drohungen gegen ganze Orte und Gegenden. Da aber doch auch selbst bei der unbewaffneten Widersetzung sehr gefährliche Drohungen ausgestoßen werden können, z. B. wenn ein herkulischer Renitent einem, ihm an Körperstärke weit nachstehenden obrigkeitlichen Diener mit Erwürgung droht, so ist ein Mißverhältniß zwischen den betreffenden Strafbestimmungen nicht in Abrede zu stellen, und es wäre eine Erhöhung des Maximum der vorliegenden Widersetzungsstrafe etwa auf drei Monate wohl gerechtfertigt gewesen.

Der zweite Strafgrad des Art. 172. ist Gefängniß von sechs Wochen [45]) bis zu sechs Monaten,

44) Mit anderen Worten: Bezirksgefängniß von seiner niedersten bis zu seiner höchsten Dauer, oder Kreisgefängniß von vier bis sechs Wochen. Hiedurch unterscheidet sich diese Strafe von der des Art. 164, Ziff. 1, welche ausschließlich Bezirksgefängniß ist. — Die Strafe des früheren Rechtes ist hier besonders in Beziehung auf Widersetzlichkeit gegen Landjäger gemildert, welche nach der Verordnung vom 7. August 1817 im Minimum mit drei Monaten geahndet wurde.

45) Das Minimum besteht somit in sechswöchiger Bezirksgefängnißstrafe.

wenn Thätlichkeiten an der Person verübt, oder wenn ihr mittelst Führung von Waffen Gewalt gedroht worden. — Für die bewaffneten Drohungen erscheint diese Strafe im Ganzen angemessen; jedoch möchte, theils um die leichtesten Fälle mehr berücksichtigen zu können, theils um das Maximum mit dem des Art. 282. in ein richtigeres Verhältniß zu setzen, ein etwas weiterer Strafrahmen, z. B. von vier Wochen bis zu acht Monaten, den Vorzug verdient haben.

Auffallend aber ist das Mißverhältniß, in welchem sich auch hier die Strafe der durch Thätlichkeiten verübten Widersetzung hinsichtlich ihres Maximum mit den Strafen der thätlichen Beleidigung der Amtsehre untergeordneter obrigkeitlicher Diener und der Realinjurie gegen Privatpersonen befindet. Während der ersteren nach Art. 164, Ziff. 2. Gefängniß von vierzehn Tagen bis zu Einem Jahre, der letzteren nach Art. 284, Ziff. 4. Gefängniß gleichfalls bis zu Einem Jahre gedroht ist, beträgt die Strafe der thätlichen Widersetzung gegen untergeordnete obrigkeitliche Diener oder gegen die zu ihrem Beistande zugezogenen Personen zwar im Minimum sechs Wochen, im Maximum dagegen nur sechs Monate, also um die Hälfte weniger; eine Inconsequenz, auf welche schon Hufnagel a. a. O. Bd. I. S. 439. 440. und Hepp a. a. O. S. 592. aufmerksam gemacht haben.

Die dritte Stufe des Art. 172, welche Kreisgefängniß von drei Monaten bis zu zwei Jahren beträgt, kommt in Anwendung, wenn eine Körperverletzung im Sinne des Art. 261. zugefügt worden ist [46].

---

46) Nach dem Schlußsatze des Art. 164, gegen welchen wir uns schon oben ausgesprochen haben, findet diese Strafe auch Statt, wenn mit der thätlichen Beleidigung der Amtsehre eines untergeordneten obrigkeitlichen Dieners körperliche Verletzung zusammentrifft.

Auch hier ist der Abstand zwischen dem zweiten und dritten Grade der Widersetzung sehr bedeutend, und auch hier wäre es gewiß zweckmäßiger gewesen, die Thätlichkeiten und die Körperverletzungen im Sinne des Art. 261. zusammenzufassen und mit Gefängniß von sechs Wochen bis zu zwei Jahren zu bedrohen, so daß auch die leichtesten Fälle der Körperverletzung noch mit dem Maximum der Bezirksgefängnißstrafe hätten geahndet werden können [47]).

* * *

Nach den bisher in Anregung gebrachten Modificationen der Art. 162, 164, 171 und 172. würden sich für die durch Thätlichkeiten und leichtere Körperverletzungen (Art. 261.) verübte Widersetzung und Amtsehrenbeleidigung folgende Strafen ergeben:

I. für Widersetzung a) gegen öffentliche Diener im Sinne des Art. 399, Ziff. 1—4. (obrigkeitliche Personen): viermonatliches bis zweijähriges Kreisgefängniß, in den schwersten Fällen Arbeitshaus bis zu drei Jahren; b) gegen untergeordnete Diener der Obrigkeit (Art. 399, Ziff. 5.) oder gegen die zu ihrem Beistande zugezogenen Personen: sechswöchiches Bezirksgefängniß bis zweijähriges Kreisgefängniß;

II. für Beleidigung der Amtsehre a) öffentlicher Diener im Sinne des Art. 399. Ziff. 1—4: zweimonatliches bis zweijähriges Kreisgefängniß, in den schwersten Fällen Arbeitshaus bis zu zwei Jahren; b) untergeordneter Diener der Obrigkeit: vierzehntägiges Bezirksgefängniß bis einjähriges Kreisgefängniß.

---

47) Ueber die von Wilderern gegen Jagdberechtigte, Forstdiener ꝛc. verübte Widersetzlichkeit enthält der Art. 396. des Strafgesetzbuches besondere, strengere Strafbestimmungen (dreimonatliches Kreisgefängniß bis sechsjähriges Arbeitshaus), welche hier zu erörtern zu weit führen würde.

In Beziehung auf die mit Widersetzung oder Beleidigung der Amtsehre zusammentreffenden Körperverletzungen ist hier noch eine allgemeine Bemerkung nachzutragen.

Der Art. 262. des Strafgesetzbuches lautet:

„Wurde eine Körperverletzung entweder mittelst hinterlistigen Anfalls oder mit Waffen verübt, so soll dies als besonderer Erschwerungsgrund gelten, und den Gerichten in den Fällen des Art. 260, Ziff. 4. [48]) und des Art. 261. gestattet seyn, statt des Gefängnisses auf Arbeitshaus bis zu zwei Jahren zu erkennen."

Dieser Artikel befindet sich unter der Rubrik: Körperverletzung mit Vorbedacht, und es kann schon deßhalb der erwähnte Erschwerungsgrund auf die in der nachfolgenden Rubrik angeführten Körperverletzungen im Affecte nur als allgemeiner Straferhöhungsgrund innerhalb des gesetzlichen Rahmens Anwendung finden [49]), keineswegs aber in den letzteren Fällen auf Arbeitshausstrafe erkannt werden. Diese ist vielmehr nur in den im Art. 262. namentlich angeführten Fällen einer mit vorbedachtem Entschlusse verübten, an sich mit Gefängniß zu strafenden Körperverletzung zulässig.

---

48) Diese Ziffer enthält die mit vorbedachtem Entschlusse verübten Mißhandlungen, durch welche eine vorübergehende Krankheit oder Arbeitsunfähigkeit verursacht wurde.

49) Das Wort Erschwerungsgrund bedeutet in dem württembergischen Strafgesetzbuch überhaupt nur Straferhöhungs-, nicht aber Schärfungsgrund. Sofern daher nicht nach der besonderen weiteren Bestimmung des Art. 262. statt des Gefängnisses auf Arbeitshaus zu erkennen ist, darf auch das gesetzliche Maximum der Strafe einer vorbedachten Körperverletzung nicht überschritten werden, wenn gleich dieselbe mittelst hinterlistigen Anfalls oder mit Waffen verübt wurde. Mit Recht bemerkt aber Hepp Bd. III. S. 423, 424, daß diese Momente bei Körperverletzungen im Affect in geringerem Maaße als dort wirken müssen.

Es ist nun wohl keinem Zweifel unterworfen, daß der Erschwerungs- beziehungsweise Schärfungsgrund des Art. 262. auch auf Körperverletzungen Anwendung findet, welche mit Beleidigung der Amtsehre oder mit Widersetzung zusammentreffen, sofern solche mit vorbedachtem Entschlusse mittelst hinterlistigen Anfalls oder mit Waffen verübt worden sind. Doch möchte es nicht unpassend gewesen seyn, wenn bei den angeführten beiden Verbrechen auf die Bestimmung des Art. 262. ausdrücklich Bezug genommen worden wäre. Im Hinblick auf diese Bestimmung hätten aber auch bei diesen beiden Verbrechen die nicht auf obige Weise erschwerten geringeren Körperverletzungen um so unbedenklicher in der Strafe den Realinjurien gleichgestellt werden können.

Der schon oben erwähnte Art. 173, dessen Ueberschrift „Unbotmäßigkeit" dem Ausdruck der früheren württembergischen Praxis entspricht, verdankt seine Entstehung der landständischen Berathung des Strafgesetzbuches. Die Regierung hatte in ihrem Entwurfe nicht zwischen activem und passivem Widerstand unterschieden, und in ihren Motiven S. 150. bemerkt, daß unter gewaltsamem Widerstand nicht nur offensive, sondern auch abwehrende oder negative Gewalt begriffen, mithin nicht nur derjenige der Widersetzung schuldig sey, welcher, zu einer Gefängnißstrafe verurtheilt, den Gerichtsdiener durch Schläge oder Stöße von sich abzuhalten suche, sondern auch derjenige, der sich zur Erde werfe und so mit Gewalt in das Gefängniß geschleppt werden müsse.

Bei der Berathung des Entwurfes in der zweiten Kammer wurde aber gegen diese das frühere Recht verschärfende Bestimmung [50]) Widerspruch erhoben und der

---

50) Nach Knapp a. a. O. S. 201. wurde von den württembergischen Gerichten auch der Fall unter den Begriff der Unbotmäßigkeit

Beschluß gefaßt, für den passiven Widerstand ein Maximum von zwei Monaten festzusetzen; womit sich sowohl die erste Kammer als die Staatsregierung vereinigten. Es kann dieser Beschluß nur als Verbesserung des Entwurfes betrachtet werden, da offenbar die blos abwehrende Gewalt in der Mitte zwischen einfachem Ungehorsam und thätlichem Angriffe steht, und einen geringeren rechtswidrigen Willen als dieser voraussetzt. Uebrigens ist in der Praxis die Gränze zwischen dem activen und passiven Widerstande, und eben so zwischen dem letzteren und dem einfachen Ungehorsam, oft nicht ganz leicht zu finden, und der Richter wird daher im Zweifel der milderen Ansicht zu folgen haben.

Es bleibt uns jetzt nur noch der Art. 174. zu berühren übrig.

Die Bestimmung des ersten Absatzes dieses Artikels, nach welcher die Strafe der Widersetzung in der zunächst folgenden niedrigeren Stufe ausgemessen, und statt auf Bezirksgefängniß auf Geldbuße bis zu hundert Gulden festgesetzt werden kann, wenn der Thäter zu dem Vergehen durch gesetz- und ordnungswidriges Verfahren der Obrigkeit oder ihrer Diener veranlaßt worden ist, entspricht dem in Art. 165. enthaltenen Strafmilderungsgrunde der Amtsehrenbeleidigung. Beide Milderungsgründe haben ihre Entstehung gleichfalls der landständischen Berathung zu verdanken, indem sie in dem Entwurfe von 1836 nur als Strafminderungsgründe aufgeführt waren.

---

gestellt, wenn man durch die bloße vis inertiae, ohne positive Gewalt gegen eine obrigkeitliche Person, einer Verfügung der Obrigkeit, z. B. der Arretirung, sich zu entziehen oder deren Ausführung zu erschweren suchte. Die Strafe der Unbotmäßigkeit war gelinder, als die der Widersetzlichkeit, und konnte bis auf Geldbuße herabsteigen.

Daß übrigens der Strafmilderungsgrund des Art. 174. nicht nur auf die Widersetzung im engeren Sinne (Art. 171, 172.), sondern auch auf die Unbotmäßigkeit (Art. 173.) Anwendung zu finden habe, hat Hufnagel a. a. O. Bd. I. S. 441. 442. unter Berufung auf die gleiche Ansicht des Obertribunals einleuchtend nachgewiesen.

Der zweite Absatz des Art. 174. enthält das vielbesprochene Recht des gesetzlichen Widerstandes. Der Art. 163. des Regierungsentwurfes von 1836 enthielt über dasselbe gar keine Bestimmung, obschon in den Motiven zu demselben das Recht der Nothwehr gegen ungerechte, mit unersetzlichem moralischem oder physischem Schaden bedrohende Verfügungen der Obrigkeit anerkannt wurde. Die Commission der zweiten Kammer dagegen stellte, gestützt auf die Bestimmung des früheren Entwurfes von 1832, den Antrag, dem Art. 163. (jetzt 174.) folgenden Satz beizufügen:

„Sollte sich aber ergeben, daß die obrigkeitliche Person zu Erlassung der Verfügung, gegen welche der Widerstand gerichtet ist, nach klaren Bestimmungen der Gesetze unbefugt war, so findet eine Strafe überhaupt nicht Statt; es wären denn bei einem solchen Widerstande die gesetzlichen Gränzen der Nothwehr überschritten worden."

Diesem Antrag stimmte die Kammer der Abgeordneten bei der ersten Berathung durch Acclamation bei, und die erste Kammer vereinigte sich mit dem Beschlusse derselben.

Die Staatsregierung dagegen erklärte in dem Ministerialvortrage vom 11. Mai 1838 dem Beisatze nur in folgender Fassung zustimmen zu können:

„Sollte der Betheiligte durch ein solches (gesetz- und ordnungswidriges) Verfahren mit einem unersetzlichen Nachtheile unmittelbar bedroht seyn, so ist sein Widerstand straflos, vorausgesetzt, daß er sich keine Ueberschreitung zu Schulden kommen läßt."

Die Kammer der Standesherren trat dieser Fassung schon bei ihrer zweiten, die Kammer der Abgeordneten dagegen erst bei ihrer vierten Berathung des Gegenstandes mit 55 gegen 31 Stimmen bei, nachdem die Regierung das Zustandekommen des Gesetzbuches hievon abhängig gemacht hatte.

Wir können dem langen parlamentarischen Kampfe, den wiederholten interessanten Debatten über diesen Gegenstand hier so wenig eine nähere Erörterung widmen, als es im Plane dieser Arbeit liegt, eine ausführlichere Beleuchtung der wichtigen und schwierigen Frage über das Recht des gesetzlichen Widerstandes zu versuchen [51]. Nur soviel sey uns zu bemerken gestattet, daß zwar eine Anerkennung dieses Rechtes in ausgedehnterem Umfange, als sie der Art. 174. enthält, und namentlich eine genauere Bezeichnung des Begriffs von „unersetzlichem Nachtheil" sehr wünschenswerth gewesen wäre; daß jedoch durch die Bestimmung dieses Artikels weder das früher bestandene Recht eine der bürgerlichen Freiheit nachtheilige Abänderung erlitten hat [52], noch dem in dem württembergischen Staatsgrundgesetze ausgesprochenen Princip des verfassungsmäßigen Gehorsams Eintrag geschehen ist und geschehen konnte.

---

51) Außer den landständischen Verhandlungen enthalten die Commentare von Hufnagel Bd. I. S. 443—447. und Hepp Bd. II. S. 641—647. interessante Betrachtungen über diese Frage.

52) Knapp a. a. O. S. 204. 209.

IX.

Das Verbrechen der Concussion nach preußischem Rechte.

Von
Herrn Criminalrichter Burchardi
zu Königsberg in Preußen.

I. Allgemeiner Ueberblick.

Das allgemeine Landrecht handelt die Concussion unter der Lehre von den Entwendungen ab, und beschränkt sich auf folgende Bestimmungen [1]):

a) Wer durch Concussionen einen Andern zu einem nachtheiligen Vertrage nöthigt, hat eine willkührliche Geld- oder Gefängnißstrafe verwirkt.

b) Ist Jemand durch Concussion genöthigt worden, Gelder oder Sachen ohne Vergeltung zu geben, so ist eine dergleichen Erpressung, nach Maaßgabe der dazu gebrauchten Mittel, gleich einem Diebstahle oder Raube zu bestrafen.

Diese Vorschriften entsprechen allerdings nicht dem Geiste der Vollständigkeit, welche dem preußischen Gesetzbuche zum Hauptverdienst gereicht. Indessen ist dadurch ein besonderer Schaden nicht entstanden, daß hier die gewohnte Breite vermißt wird. Nur nach einer Seite hin hat sich allerdings eine sehr bemerkbare Lücke herausgestellt, welche später durch die Gesetzgebung ausgefüllt worden ist. Die

1) Theil II. Tit. 20. des A. L. R. §§. 1254 u. 1255.

Cabinetsorder vom 6. Mai 1825 schreibt wörtlich Folgendes vor:

Da die Strafgesetze des A. L. R. für den Fall keine Festsetzung enthalten, wenn zur Erpressung von Geld oder anderer Vortheile eine lebensgefährliche Behandlung angedroht wird, so will ich, daß bei der Revision der Criminalgesetzgebung diese Lücke ausgefüllt, bis dahin aber die Vorschrift des §. 1536. Th. II. Tit. 20. des A. L. R., nach welcher derjenige, welcher durch gefährliche Drohungen von Feueranlegungen und Brandstiftungen, Geld oder andere Vortheile zu erpressen sucht, mit Zuchthausstrafe von drei bis sechs Jahren belegt wird, in dem vorgedachten analogen Falle zur Anwendung gebracht werden soll [2]).

Ueber das Wesen der Concussion herrschen nun bei uns zwei oder drei verschiedene Theorien.

Die erste ist von Schreiner aufgestellt worden [3]); derselbe versteht unter Concussion jede Röthigung zu einem Vertrage durch eigenmächtige und widerrechtliche Gewalt, oder durch gefährliche Drohungen. (a. a. O. S. 115.)

Nach der zweiten Theorie, welche von Temme aufgestellt worden ist, kann das Verbrechen der Erpressung überhaupt verübt werden:

1) unter dem Vorwande oder Mißbrauche eines Rechtes,
2) oder ohne dergleichen blos mit Androhung einer auszuübenden Gewalt. —

Im ersten Falle ist eine Concussion, im zweiten Falle eine Erpressung im engeren Sinne vorhanden. Die letztere besteht in der gefährlichen Androhung einer Feueranlegung oder einer andern gemeinschädlichen oder lebensgefährlichen

---

2) Ges. Samml. von 1825. S. 136.

3) Hitzig Zeitschrift für die Criminalrechtspflege für die preußischen Staaten, Bd. 6. S. 103 — 128.

Behandlung zum Zweck der Erlangung irgend eines Vortheils [4]). Temme hat jedoch späterhin diese Ansicht wieder zurückgenommen. Gemeinrechtlich stellt er nunmehr folgenden Begriff auf:

> Die Concussion ist die unrechtmäßige Abnöthigung eines Vermögensvortheils durch Drohung mit solchen Handlungen, welche, ohne mechanische Gewalt, dem Bedroheten mittelbar oder unmittelbar einen Nachtheil bringen können.

In dem Landrechte ist jedoch damit unbemerkt eine Metamorphose vorgegangen, auf welche wir später zurückkommen werden [5]).

Es ist vor Allem festzuhalten, daß das Landrecht den Begriff der Concussion als bekannt voraussetzt [6]). Deshalb fragt es sich zunächst: was verstanden die Redactoren unter dem Ausdruck Concussion? Die Beantwortung dieser Frage ist nicht so leicht, als es auf den ersten Anblick scheinen dürfte. Es gehört dazu ein gewisser historischer Apparat, welchen wir nothwendig vorausschicken müssen.

II. Historische Rückschau.

Die Concussion ist bekanntlich ein Verbrechen, welches das römische Recht auf uns vererbt hat. In der Carolina kommt dasselbe mit keinem Worte vor. Ein deutscher Name desselben fehlt ebenfalls [7]); denn die Begriffe

---

4) Temme Handbuch des preußischen Criminal-Rechts §§. 137. u. 138.

5) Temme Beiträge zum preußischen Strafrecht. Berlin 1842. S. 85 u. 93.

6) Hitzig a. a. O. S. 103. Temme Handbuch S. 336.

7) Dorn hat sich in seinem praktischen Commentar §. 169. unterfangen, den Ausdruck: „in Amtstruz" zu übersetzen. Hierin liegt aber eine durch nichts gerechtfertigte Eigenmacht.

Erpressung und Nöthigung sind unpassend, und decken dasjenige nicht, was man juristisch unter Concussion versteht [8]).

Der Titel der Pandekten (lib. 47. tit. 13.), welcher die Ueberschrift de concussione oder de concussionibus führt, besteht nur aus zwei Fragmenten. Dieselben lauten wörtlich also:

1) Si simulatu praesidis jussu concussio intervenit, ablatum ejusmodi terrore restitui praeses provinciae jubet, et delictum coërcet.

2) Concussionis judicium publicum non est, sed si ideo pecuniam quis accepit, quod crimen minatus sit, potest judicium publicum esse ex Senatusconsultis, quibus poena legis Corneliae teneri jubentur, qui in accusationem innocentium coierint, quive ob accusandum vel non accusandum denunciandum vel non denunciandum testimonium pecuniam acceperint.

Die Pandektenlehrer des Mittelalters befanden sich zu diesen beiden Stellen (mut. mutandi) ungefähr in demselben Verhältnisse, wie die preußische Praxis zu den zwei dürftigen Paragraphen des Landrechts. Sie fanden hier keinen Begriff der concussio vor [9]), sondern zwei ganz

8) Erpressung ist Nöthigung durch physische Gewalt, paßt also hier nicht. In diesem Sinne wird auch der Ausdruck „Nöthigung" selbst gebraucht. Sonst nöthigt man Jemanden zum Essen, zum Trinken u. s. w., oder zu einer andern Handlung durch triftige Gründe. Das letzte Wort ist also ebenfalls theils zu eng, theils zu weit. Heffter Lehrbuch des gem. deutschen Crim. Rechts §. 365. Not. 1. der ersten Ausgabe.

9) Es kommen in den Rechtsquellen noch mehrere andere Stellen vor, in welchen von der Concussion die Rede ist. Namentlich gehören hieher: Pauli recept. sent. V. 25. §. 11. fr. 6. §. 3. Dig. I. 18. const. 11. Cod. II. 20. const. 4 et 5. Cod. IX. 27. const. 1. Cod. V. 7. const. 3. ibid. IV. 7. u. s. w. Ueber den eigentlichen Begriff des Verbrechens kommt jedoch darin nichts vor.

heterogene Fälle, welche unter diesen Begriff untergeordnet wurden. Bleibt man bei dem wörtlichen Inhalte der Pandekten stehen, so konnte die Concussion auf zweierlei Weise begangen werden:

a) durch einen Schrecken, welcher durch einen fälschlicher Weise vorgeschobenen Befehl des Statthalters der Provinz erregt worden war (terror sub simulatione jussus praesidis);

b) oder dadurch, daß eine Anklage angedroht wurde (minatio criminis)[10]).

Indessen ergab sich aus dem zweiten Pandektenfragment, daß die concussio kein crimen ordinarium, sondern ein crimen extraordinarium d. h. ein aushülfliches Verbrechen war, welches in seinen verschiedenen Schattirungen den Strafbestimmungen anderer ordentlicher Delicte anheimfallen konnte[11]).

Die Concussion hat von dieser Seite her mit dem Stellionat die größte Aehnlichkeit. Beide bilden im Strafrecht eine ganz eigenthümliche Reserveaufstellung, wodurch der Uebergang ins Civilrecht vermittelt wird. Beide erfordern zu ihrem Thatbestande ein damnum injuria datum, und einen darauf gerichteten dolus. In der Art und Weise, wie dieser dolus äußerlich wirksam wird, fallen jedoch beide aus einander. Der Stellionat ist im Criminalrechte das, was im Civilrechte die actio de dolo be-

10) Es ist bekannt, daß crimen sehr häufig nichts anderes bedeutet, als accusatio. fr. 14. §§. 4 et 11. Dig. 38. 2. fr. 7. §. 1. Dig. 48. 2. fr. 3 pr. Dig. 48. 21. fr. 6. §. 2. Dig. I. 18. fr. 94. Dig. 47. 2. fr. 7 pr. Dig. 48. 2. fr. 19 pr. eodem. fr. 21 pr. Dig. 29. 5. fr. 1. §§. 1 u. 2. Dig. 26. 10. vergl. mit Birnbaum im neuen Archiv des Criminalrechts VIII. S. 651 fg. und IX. S. 339 fg.

11) Heffter a. a. O. §. 365. Not 3. Diese Bemerkung hat auch bei uns nicht aufgehört, von praktischer Wichtigkeit zu seyn, wie sich weiter unten ergeben wird.

deutet [12]). Die Concussion steht mit der actio, quod metus causa genau in demselben Verhältniß [13]).

Die subsidiaire Stellung dieses Verbrechens trug vorzüglich dazu bei, den Jurisconsulten einen ungehemmten Spielraum zu eröffnen, die vereinzelten Bestimmungen nach ihrer Weise zu generalisiren. Dies geschah dann auch mit einer ganz formlosen Schonungslosigkeit. Die ältesten Criminalisten bekümmerten sich nicht weiter um den Begriff [14]), sondern zählten die Fälle auf, welche sie hieher rechneten. Auf diese Weise wurde den späteren Abstractionen ein ganz bequemer Weg gebahnt.

Unter den Pandektisten des 16ten und 17ten Jahrhunderts bildeten sich nun zwei verschiedene Meinungen über den Umfang dieses Verbrechens. Jacob Cujacius und seine Anhänger definirten also: concussio est terror injectus, pecuniae vel alterius rei extorquendae causa [15]). Dieser Begriffsbildung trat Hugo Donellus mit andern Rechtsgelehrten entgegen. Sie docirten eine beschränktere Auffassung, und sagten:

> Concussio est id genus maleficii, cum metu potestatis propriae vel alienae, aut judicii futuri illicite injecto aliquid extorquetur ab alio, id agente, ut alicujus rei praestatione se eo metu liberet [16]).

---

12) Feuerbach Lehrbuch (12te Ausg.) §. 410. Not. 1. Heffter a. a. O. §. 394. Not. 2. S. 415.

13) Dieser Gesichtspunkt, dessen weitere Ausführung nicht hieher gehört, ist für das gemeine Strafrecht von ganz besonderer Bedeutung. Daß die Prätoren späterer Zeiten das Gebiet dessen, quod metus causa gestum fuit, durch Hinzurechnung der vis erweiterten (fr. 1. Dig. quod met. causa), ändert in der Sache selbst nichts.

14) Heffter a. a. O. §. 365. Not. 2.

15) Heffter a. a. O.

16) H. Donellus Comment. de jure civ. lib. 15. cap. 39. — Es kommt hier mehr auf die Sache, als auf gelehrte Citate

In dieser zweiten Ansicht hatte der untergeschobene Befehl des römischen Provinzial-Gouverneurs einer jeden potestas Platz gemacht, sie mochte eine eigene oder eine erborgte seyn. Die minatio accusationis hatte sich dagegen in die *illicite* angebrachte Drohung einer künftigen Criminalverfolgung umgewandelt. Die divergirenden Ansichten waren jedoch darin einverstanden, daß die Erregung von Furcht und Schrecken den eigentlichen Kern der Concussion bildete.

Die deutsche Praxis des 17ten Jahrhunderts schloß sich im Allgemeinen der von Cujacius aufgestellten Theorie an. Der allgewaltige Carpzow stellt die Concussion sehr charakteristisch unter die Robbaria, und faßt dieselbe als ein Verbrechen auf, wodurch Jemand judicii magistratus, alicujusve potestatis, quam habet, metu aut alio terrore pecuniam extorquet [17]).

Höchst merkwürdig ist die in dieser Lehre von ihm getroffene Entscheidung. Es war ihm oftmals vorgekommen, daß Reisende von Räubern überfallen worden waren. Die Letzteren verkannten dabei ihren Vortheil. Sie nahmen nicht etwa selbst die gewaltsame Plünderung vor, bei welcher Manches übersehen werden konnte, sondern beschränkten sich auf die erforderlichen Drohungen. Sie erreichten dadurch ihren Zweck viel besser. Denn die in Schrecken gesetzten Reisenden waren zu Allem bereitwillig, sie boten das Werthvollste an, suchten es herbei, und händigten dasselbe den Räubern aus (offerre, exhi-

---

an. Der Verfasser hat sich die zeitraubende Mühe genommen, eine Menge Schriften des 16ten und 17ten Jahrh. über den Begriff der Concussion zu vergleichen. Das Resultat davon ist, daß die Ansicht des Cujacius viel verbreiteter als die Meinung des Donellus, welche mehr vereinzelt dasteht.

17) Pract. crim. pars II. quaest. 90. n. 66. 67. 68.

bere et praebere). Wenn nun Carpzow fortfährt, daß ein solcher Zufall dem Raube sehr ähnlich sähe, so hat er vollkommen Recht. Die von ihm getroffene Entscheidung, daß die coactores dieser Art ganz wie grassatores und raptores mit der Strafe des Raubes belegt werden müßten, wird auch noch jetzt von Niemanden bezweifelt werden. In seine Entscheidungsgründe mischte er allerdings durch die Worte „vi coacti" etwas Fremdartiges, was nicht dahin gehörte. Er betrachtete ferner die Concutienten von ihrer größten Straffälligkeit aus, in welcher sie aufhörten, solche zu seyn, und augenscheinlich in die Kategorie der Räuber übersprangen. Hierin liegt jedoch in Beziehung auf das Carpzowsche Zeitalter etwas sehr Entschuldbares.

Unter den Nachfolgern Carpzow's waren es Kreß und Johann Samuel von Böhmer, welche die Concussion von dem Raube sorgfältig trennten. Dies geschah von ihnen dadurch, daß sie zwischen einem periculum praesens et futurum unterschieden. Die augenblickliche Gefahr charakterisirte den Raub, die künftige dagegen die Concussion [18]). Die frühere Controverse behielt auch zwischen beiden ihre Geltung. Kreß war ein Anhänger des Donellus [19]), wogegen Böhmer die Meinung des Cujacius adoptirt hatte, und alle Drohungen (minae juris et facti) hieher rechnete [20]).

Beide Ansichten haben sich dann bis auf unsere Zeiten mit einigen Modificationen erhalten. Auf der Seite des

18) Kress Medit. in C. C. C. ad art. 126. §. 4. Boehmer cod. loc. Ejusdem elementa jurispr. criminal. §. 147.

19) Kress l. c. not. 1.

20) Böhmer sagt im §. 4. ad art. 126. C. C. C. Folgendes: Per vim intelligo omne factum praesens, cui plane non, vel difficulter resisti potést, quo ipso differt a minis, non modo juris, verum etiam facti, in diem illatis.

Donellus standen die Criminalisten Engau, Koch und Quistorp. Ersterer sagt:

Qui per abusum auctoritatis publicae alicui terrorum incutit, pecuniae vel alterius rei extorquendae gratia, concussionis reus est [21]).

Koch drückt sich specieller also aus:

Concussio involvit quemvis terrorem, minis juris injuste incussum, pecuniae vel alius rei extorquendae causa. Minae juris dicuntur, quando quis auctoritate publica sub specie juris abutitur, ut aliquid extorqueat, vel a praestatione se liberet [22]).

Quistorp tritt dieser Meinung mit den Worten bei:

Die Concussion nannten die Römer dasjenige Verbrechen, wenn man durch Drohen gewisser Uebel, welche man unter öffentlichem Ansehen Jemand zufügen wolle, einen dahin vermochte, daß er in dasjenige einwilligen mußte, was man von ihm verlangte [23]).

Neben der Ausbildung dieser Theorie blieb aber auch die Ansicht des Cujacius noch in ihrer früheren Würde. Sie fand noch eine Stütze in dem Pandektisten Westenberg, welcher die Definition des Cujacius beibehielt [24]). Dieselbe hatte zugleich einen ganz besonderen Vertreter in

---

21) Element. jur. crim. §. 546.

22) Instit. jur. crim. §. 563.

23) Grundsätze des teutschen peinlichen Rechts (1770. §. 158.). Nach dieser ersten Auflage wird dieses Werk später immer allegirt werden. Denn nur in dieser ersten Auflage hat dasselbe einen besonderen Werth für die Erklärung des preuß. Strafrechts. Auf der Seite des Donellus stehen übrigens auch noch Nettelbladt (system. elem. jurispr. univ. natur. § 1032.) und Hellfeld (jurispr. for. §. 1967.). In die engsten Grenzen ist die Concussion von Hofacker eingeschlossen worden (instit. jur. rom. §. 349 fin.).

24) Princ. jur. sec. ord. dig. 47. 13. §. 1.

Justus Henning Böhmer, welcher folgenden Begriff aufstellte:

Concussio est terror, alicui ob potentiam vel alio modo incussus pecuniae vel alius rei extorquendae causa [25]).

Seiner Ansicht huldigten C. F. Hommel [26]) und späterhin Püttmann so wie der jüngere Meister [27]).

Sämmtliche hier aufgeführte Juristen sind über ein Merkmal der Concussion vollständig einverstanden. — Drohungen allein (vis compulsiva) bilden den Kern dieses Verbrechens. Die vis absoluta seu ablativa ist davon ganz ausgeschlossen. Dieser Umstand ist für das preußische Recht von hoher Wichtigkeit. — Es fragt sich nun zunächst, welche von den beiden verschiedenen Theorieen in das Landrecht übergegangen ist?

Dasselbe spricht ganz allgemein von der Nöthigung zu einem Vertrage durch Concussionen. Unter diesem Ausdrucke kann man nichts anderes verstehen, als unerlaubte Drohungen aller Art. Eine engere Bedeutung kann gar nicht angenommen werden. — Denn hätten die Redactoren dasjenige adoptiren wollen, was die Criminalisten Kreß und Koch darunter verstanden, so wäre dazu eine speciellere Sprachweise nothwendig gewesen. Diese fehlt, es wurde vielmehr der ganz generelle Ausdruck „Concussionen" beibehalten. Damit konnte dann auch nur darauf hingedeutet werden, daß von den damals herrschenden Theorieen diejenige angenommen werden solle, welche diesen Begriff in einer umfassenden Allgemeinheit gebrauchte. Dieses war nun mit der Cujacius-Böhmerschen Ansicht der

---

25) Introduct. in jus dig. lib. 47. tit. 13. §. 1.

26) Rhaps. quaest. obs. 634.

27) Püttmann elem. jur. crim. l. 1. c. 9. §. 194. Ge. Jac. Fr. Meister princip. jur. crim. §. 257.

Fall. Hieraus ergiebt sich zur Genüge, daß nur die letztere in das Landrecht übergegangen seyn kann.

Verfolgen wir die gemeinrechtliche Controverse noch etwas weiter. Die Donellus-Quistorpsche Ansicht wurde mit einigen Abweichungen von mehreren neueren Criminalisten [28]) vertheidigt, und erreichte in Feuerbach ihren Culminationspunkt [29]). Die Cujacius-Böhmersche Ansicht wird jetzt von Henke [30]) in Schutz genommen, jedoch mit dem sehr erheblichen Unterschiede, daß derselbe auch die Anwendung physischer Gewalt in dieses Verbrechen hineinmischt. Hefter [31]) verwirft mit Recht dieses letztere Merkmal, und specialisirt die Concussion ganz in der Donellusschen Weise.

Fragt man nun, welche von diesen Begriffsconstructionen die richtige ist, so läßt sich diese Frage in der Allgemeinheit gar nicht beantworten. Denn mit römischen Maßen dürfen wir uns gar nicht an dieselbe heranwagen. Sie verwandelt sich unter unsern Händen in den Berg Sinai. Zu läugnen ist übrigens nicht, daß die Ansichten von Donellus und späterhin von Hefter mit den römischen Rechtsquellen am meisten harmoniren. Abstrahirt man von den rein römischen Zuständen, und hält sich allein an das gemeine Recht, so fühlt man sich gedrungen, der Cujacius-Böhmerschen Theorie den Vorzug einzuräumen. Denn dieses Delict besteht aus nichts Anderm, als aus dem Resultate der Abstraction römischer Einzelheiten. Können wir also dieses Verbrechen ohne Abstraction nicht con-

---

28) Grolman, Tittmann, Salchow u. a. m.

29) Lehrbuch a. a. O.

30) Handbuch des Criminalrechts und der Criminalpolitik. Bd. III. S. 173. 174. 176.

31) Lehrbuch §. 328. Auch Martin hat sich in seinem Lehrbuche §. 202. von der Feuerbachschen Theorie nicht ganz losreißen können. —

struiren, so muß man dabei wenigstens sachlich, und nicht blos scheinlich zu Werke gehn. Wenn Feuerbach sagt: die Concussion ist die Erpressung durch den Vorwand oder durch Bedrohung mit dem Mißbrauche eines Rechtes; so liegt darin, nach unserer Meinung, eine Täuschung. Denn in dem Vorwande des Rechtes sieht der simulatus jussus praesidis ex fr. 1. Dig. de concuss. und in dem Mißbrauche desselben blickt der adulterio vel alio flagitio deprehensus ex fr. 7. §. 1. Dig. quod met. causa mit verlegenem Gesicht immer noch sehr stark hindurch. Die Feuerbachsche Definition enthält deshalb eine Scheinabstraction ohne reellen Boden, worin der einzelne Fall festgehalten, und nur mit Worten operirt worden ist. Die Böhmersche Generalisirung laborirt dagegen nicht an diesem Mangel; sie ist vielmehr eine wirkliche Abstraction.

III. Stellung und Begriff.

Nach dieser Darstellung haben die Redactoren des Landrechts den Begriff der Concussion ganz allgemein im Sinne des Cujacius und seiner Anhänger aufgefaßt. Es ist dabei zuvor noch ein Hauptbedenken zu beseitigen. Für die Auslegung unseres Criminal-Codex ist Klein eine sehr bedeutende Autorität. Und mit Recht; denn er hat an der Redaction des Entwurfs des Gesetzbuches einen großen Antheil gehabt [82]). Derselbe subsumirt nun diese Lehre unter das crimen vis, und giebt darüber folgende Grundsätze:

Wenn eine Gewalt gegen Andere ausgeübt, oder angedroht wird, so geschieht dieses entweder durch Mißbrauch oder Vorgeben einer Befugniß, oder ohne der-

---

82) Matthis jurist. Mon. Schr. Bd. 11. S. 202. 208. 209 u. 211.

gleichen Vorwand. In beiden ersteren Fällen ist eine Concussion vorhanden, im letztern Falle kann die eigenmächtige Gewalt mit einer Entwendung in diebischer Absicht verbunden seyn. Ist im letztern Falle die Gewalt gegen Menschen ausgeübt, oder doch eine gegenwärtige Gewalt angedroht worden, so ist ein eigentlicher Raub, sonst nur ein uneigentlicher vorhanden. Bei der Concussion ist zu unterscheiden, ob dadurch die Willensäußerung des Andern, oder nur die bloße Duldung einer Handlung bewirkt worden. Im letztern Falle kann die Concussion nach Beschaffenheit der angewendeten Mittel in einen Diebstahl oder Raub ausarten. Außer diesem Falle ist die Strafe willkührlich. Hiermit stimmt das preußische Gesetzbuch u. s. w. überein [33]).

Diese Theorie kann aber für die Interpretation des Landrechts keinen Maßstab abgeben. Ein äußerer Grund liegt schon darin, daß die §§. 1254 u. 1255. im gedruckten Entwurf des allgemeinen Gesetzbuches für die preußischen Staaten fehlen. Sie sind erst später, wahrscheinlich ohne Zuthun des Klein, eingeschoben worden. Die widerstrebenden inneren Gründe sind die bereits angegebenen. Das Landrecht stellt ferner die Concussion ganz in der Carpzowschen Manier unter die Lehre vom Diebstahl und Raub. Die Verwandtschaft derselben mit dem Raub wird dadurch hinlänglich anerkannt. In diesem Anerkenntnisse liegt eo ipso die Voraussetzung, daß sie mit dem Betruge und der Fälschung gar nichts gemein hat.

In dem oben entwickelten gemeinrechtlichen Begriffe liegt die innere Garantie, daß das Landrecht demselben

---

33) Grundsätze des gem. deutschen peinlichen Rechts (zweite Ausgabe) §§. 193 u. 194. Vergl. Kleins Annalen Bd. 14. S. 39. Note.

treu geblieben ist. — Die Concussion ist deshalb ein Verbrechen, welches in der strafbaren Furchterregung seinen letzten Grund hat. Furcht ist nun bekanntlich das unangenehme Gefühl vor einem bestehenden Uebel. Es folgt daraus von selbst, daß das Verbrechen der Concussion nur durch psychologischen (vis compulsiva), nicht aber durch physischen Zwang (vis absoluta) ausgeübt werden kann.

Das Gegentheil wird von Schreiner behauptet [34]). Er führt zur Begründung seiner Meinung Folgendes an:

> Schon die Etymologie des Worts: Concussion, ergiebt, daß darunter eine Handlung zu verstehen sey, durch welche Jemand in Furcht gesetzt, und wider seine freie Entschliessung etwas zu geben, oder zu leisten vermocht wird. Soll aber eine Handlung diese Wirkung haben, so muß ihr entweder eine vis absoluta, oder compulsiva zum Grunde liegen [35]).

Hierin liegt recht eigentlich ein innerer Widerspruch. Die Etymologie des Worts „Concussion" ist jedenfalls unrichtig aufgefaßt. Concutere heißt ursprünglich: heftig bewegen, erschüttern oder schütteln. Ein Dieb will Aepfel von einem Baume stehlen. Es ist ihm unbequem, auf denselben hinaufzusteigen, und die einzelnen Aepfel abzubrechen, und wegzunehmen (vis ablativa). Darum schüttelt er den Baum, damit dieser die Aepfel gleichsam selbst giebt (vis compulsiva), um der heftigen Erschütterung los zu werden [36]).

---

34) Hitzigs Zeitschrift Bd. 6. S. 112.

35) Hitzig a. a. O. S. 110.

36) Donellus l. c. cap. 39.

Von dieser letzteren Gewalt kann nur das Landrecht im §. 1254. sprechen. Denn abgesehen von der äußeren Rücksicht, daß derselbe sonst mit dem §. 1077. des Strafrechtes in einen Widerspruch gerathen würde, ist hier ganz besonders Folgendes zu berücksichtigen:

Der psychologische Zwang entspricht genau dem Verhalten des concussus, qui coactus voluit. Der physische Zwang hebt dagegen nicht blos die freie Entschließung, sondern das ganze Wollen des concussus auf; seine ganze Willenskraft wird in Null aufgelöst. Die Concussion schließt also schon ihrem inneren Wesen nach den physischen Zwang von ihrem Gebiete aus. — Die übrigen Gründe, welche Schreiner für seine Meinung anführt, sind offenbar unbedeutend. Das Berufen auf die Kleinsche Ausführung kann nicht ins Gewicht fallen. Denn dieselbe geräth mit sich selbst in Widerspruch. — Klein behandelt, wie wir gesehen haben, einmal die Concussion als eine Species des crimen vis, und setzt dann den Kern derselben in den vorgeschobenen Mißbrauch oder Vorwand eines Rechtes, wodurch dieselbe offenbar dem crimen falsi untergeordnet wird. Ebenso läßt uns die Wortfassung der §§. 1254 und 1255, wie Schreiner selbst anerkennt [37]) gänzlich im Stich. Er recurrirt deshalb ganz richtig auf die Meinungen, welche darüber im gemeinen Rechte vorgefunden wurden. Diese sprechen nur von Drohungen, und dadurch erregter Furcht. Es ist deshalb nicht abzusehen, weshalb die mangelhafte Wortfassung des Landrechts die Hauptstütze der Abgränzung des Begriffs d. h. die opinio communis der Rechtslehrer wieder rückwärts zu vernichten im Stande seyn soll.

---

37) Hitzig a. a. O. Bd. 6. S. 104 u. 105. —

Temme spricht sich über den von ihm aufgestellten, oben bereits angeführten Begriff dieses Verbrechens also aus:

„Das crimen vis der Römer besteht nur in der Anwendung oder Androhung einer körperlichen Kraft, einer mechanischen Gewalt (Abegg Lehrbuch §. 189. Marezoll Lehrbuch §. 75.). Es dient in dieser Beziehung zu einer allgemeinen Aushülfe da, wo eine solche Gewalt nicht als ein besonderes, benanntes Verbrechen erscheint. Es fehlte mithin im römischen Rechte an einer Bestimmung, welche das Bedrohen mit solchen Handlungen, die ohne mechanische Gewalt, auf eine andere Weise mittelbar oder unmittelbar für den Bedroheten mit einem wirklichen Nachtheil verknüpft seyn mußten, im Falle der Beabsichtigung eines Vermögensvortheils allgemein für ein Verbrechen erklärte. Als ein solches allgemeines, nach dieser Seite hin aushülfliches Verbrechen ist nun die Concussion zu betrachten Die Quellen stehen diesem allgemeinen Charakter nirgends entgegen; im Gegentheil liegt derselbe den darin angeführten einzelnen Fällen und Beispielen offenbar zum Grunde, und wenn sich diese zunächst nur in einem engeren Kreise halten, so folgt daraus blos, daß andere Fälle seltener vorkamen." [38])

Sowohl die Sache als deren Begründung ist neu. Die letztere ist von etwas chevaleresker Haltung. Das römische Recht enthält die Bestimmung A. Es muß also auch die Bestimmung B enthalten. Denn sonst würde eine Lücke entstehen. Die Quellen widersprechen dieser Voraussetzung nicht, — ergo. Fürwahr, wir halten uns nicht auf, dieser merkwürdigen Schlußfolgerung die Spitze zu bieten. Temme hält selbst a posteriori von

---

38) Temme Beitr. z. preuß. Strafrechte S. 85.

einer eigenen römischen Begriffsbestimmung nicht gar viel. Denn er belobt (S. 102.) die frühere deutsche Praxis. Ein Schafhirt beging in der Weise eine Concussion, daß er einem armen Lehrburschen, der den Mißhandlungen seines Meisters entlaufen war, unter der Drohung ein Stückchen Tuch abdrängte, daß er ihn zu seinem Meister zurückbringen würde. Er wurde dafür mit dem Staupbesen bestraft. Konnte wohl hier das Zurückbringen nach dem Hause des Lehrherrn ohne Anwendung von einer mechanischen Gewalt geschehen? Noch mehr geräth man bei nachstehenden beiden Fällen ins Gedränge. Jemand nöthigt einem Andern 100 Thlr. unter der Androhung einer Freiheitsberaubung ab, welche ohne physische Gewaltanwendung z. B. durch Umdrehen eines Thürschlüssels sofort realisirbar ist. Nach der Temme'schen Theorie liegt hier eine Concussion vor. Diese cessirt jedoch, sobald dem concussus eine Freiheitsberaubung angedroht wird, die nur durch ein gewaltsames Schleppen in ein abgelegenes Zimmer bewerkstelligt werden kann.

In Beziehung auf das preußische Strafrecht behauptet Temme S. 90, daß der gemeinrechtliche Begriff im Landrechte vorausgesetzt ist. Er fügt ferner, zur Widerlegung einer Schreinerschen Ansicht, S. 95 u. 96. noch Folgendes hinzu:

„Zuvörderst ist daran zu erinnern, daß namentlich zur „Zeit der Redaction des allgem. Landrechts der gemeinrechtliche Begriff der Concussion wenigstens dahin feststand, daß zu derselben nur Drohungen ohne physische Gewalt erfordert wurden. Wenn daher die Redactoren des Landrechts in auffälliger Weise hätten verändern und ausdehnen wollen, wie die gegenseitige „Meinung behauptet, so hätten sie ihrem Plane gemäß nothwendig hierüber bestimmte Andeutungen „machen müssen, und sie hätten insbesondere unmöglich

„gerade das Kunstwort Concussion ohne alle nähere
„Erläutererung gebrauchen können. Sie haben schon
„hierdurch nothwendig den gemeinrechtlichen Begriff
„sanctionirt."

Dessen ungeachtet ist der Begriff der Concussion, nach Temme, in dem A. L. R. ein bei weitem anderer, und viel ausgedehnter, als nach dem gemeinen Recht. Die Concussion ist ein allgemeines Aushülfeverbrechen, welches durch jede Art von psychischer oder physischer Gewalt in eigennütziger Absicht außer dem Raube und der gewaltsamen Besitznahme fremden beweglichen Eigenthums, außer dem Landfriedensbruche und dem Landzwange, außer der Drohung mit falschem Zeugnisse und außer dem Menschenraube begangen wird (S. 93.). Diese Begriffs-Construction wird durch eine vergleichende Zusammenstellung der §§. 1254 u. 1255. mit den §. 1087. 1417. 1509. 1536 und 1537. des Strafrechts herausgearbeitet. Danach hielten also die Redactoren des Landrechts innerlich den gemeinrechtlichen Begriff der Concussion fest, mischten aber äußerlich das ganze crimen vis, in eigennütziger Absicht verübt, in dieselbe hinein. Die Praxis ist darin einverstanden, daß man nicht recht weiß, was der Verfasser eigentlich will, und diese Meinung ist der eigenen Ansicht des Letztern augenscheinlich ganz conform.

Bevor wir unsere Untersuchungen weiter verfolgen, ist es nöthig, den äußeren Umfang der landrechtlichen Concussion noch näher in Augenschein zu nehmen. Gegen das Civilrecht hin sind die Grenzen der Concussion leicht abzustecken. Solche Drohungen, welche civilrechtlich keine Wirkungen haben, verdienen auch im Strafrecht keine Rücksicht [39]). Die Drohungen müssen besonders qualificirt seyn, um der Strafgewalt des Staates anheimzufal-

---

39) §§. 38 – 41. des A. L. R. I. 4.

len [40]. Mit andern Worten, dieselben müssen verwirklicht eine strafbare Handlung des Drohenden begründen. Die Verbrechen gegen die einzelnen Mitglieder des Staats sind nun entweder gegen deren Leben, Gesundheit, Freiheit, Ehre, oder Vermögen gerichtet [41]. Die Drohungen müssen ferner eine qualitative strafbare Seite haben. Es muß ihnen das Prädicat „gefährlich" beigelegt werden können. Drohungen sind nun nach dem Landrecht gefährlich, wenn die Ausführungen derselben entweder an sich, oder nach der Meinung des Bedrohten in der Macht des Drohenden steht [42]. In dieser Vorschrift liegt civilrechtlich eine bedeutende Abweichung vom römischen Rechte. Dasselbe berücksichtigt nur einen metum justum, qui cadit in constantem virum [43]. Bei uns ist die Frage, ob metus justus vorhanden sey, nach jedem einzelnen Falle zu beurtheilen. — Sie ist also zu einer quaestio facti erhoben worden. Dieser Grundsatz muß auch im Strafrecht maßgebend seyn. Von einer Analogie des Civilrechts darf man freilich nicht reden [44], aber ohne diese Bestimmung würde sonst jeder Maßstab fehlen [45].

Die Concussion ist landrechtlich ein gemeines Verbrechen. Sie ist also nach ihrer publicistischen Seite hin

---

40) §. 48. des A. L. R. I. 4.

41) §. 33. ibid. vergl. mit §. 509. d. A. L. R. II. 20.

42) §. 34. d. A. L. R. I. 4.

43) Fr. 6 et 7. Dig. quod met. caus. (4. 2.).

44) Nach der richtigen Meinung findet die Analogie innerhalb des Gebietes des Strafrechts keine Anwendung. — Breslauer Ergänzungen des pr. Crim. Rechts. 2te Auflage S. 293. Noch weniger können daher Analogien aus dem Civilrecht in das Strafrecht hinüber genommen werden. —

45) Hitzig's Zeitschrift a. a. O. S. 114.

von den delictis propriis streng geschieden. Ueber die Verbrechen der Staatsdiener, welche in Druck und Erpressungen ausarten, haben wir ganz specielle Vorschriften [46]). Hienach findet die gemeinrechtliche Eintheilung [47]) der concussio in publica et privata bei uns nicht weiter Statt.

Die Concussion ist ferner von dem crimen falsi sehr scharf getrennt, und kann ihrer Innerlichkeit nach gar nicht mit diesem zusammenfallen. Dieselbe wirkt unmittelbar auf den Willen des Damnificaten, während das falsum den Willen nur mittelbar berührt, und direct auf die Erkenntnißkräfte des Beschädigten gerichtet ist. Eine Concurrenz beider Vergehungen kann wohl vorkommen, und sie können sich in concreto objectiv wechselseitig ergänzen; dagegen lassen dieselben in der Abstraction ein Ineinanderfließen gar nicht zu [48]).

Von der widerrechtlichen Selbsthülfe ist die Concussion sehr leicht geschieden. Denn die erstere ist ihrer Natur nach ein sogenanntes inneres Staatsverbrechen, deren eigentliches Wesen in der Selbstrealisirung eines wirklichen oder vermeintlichen Rechts besteht. Die Concussion ist dagegen ein s. g. Privatverbrechen, und bezweckt nicht etwa die Realisirung eines Rechts, sondern ist ihrem ganzen Inhalte nach eine widerrechtliche Handlung [49]).

---

46) §§. 337—413 fg. und §. 460. d. A. L. R. II. 20.

47) Koch inst. jur. crim. §. 564. Quistorp Grundsätze §. 159.

48) Vergl. Temme Lehre vom Betrug §. 9. S. 31. und §. 13. S. 102.

49) Henke Handbuch Bd. III. §. 175. S. 291. §§. 157. des A. L. R. II. 20.

Eben so streng ist dieselbe geschieden von dem strafbaren Vergehen der Beschädigung durch den Mißbrauch eines Rechtes. Denn diese fällt nur dann dem Strafrichter anheim, wenn sie aus Bosheit oder Schadenfreude verübt worden ist [50]).

Endlich trennt sich dieselbe von dem rein-deutschen Institute des Landzwanges von selbst dadurch, daß man unter diesem Sprößling der noch nicht befestigten bürgerlichen Ordnung ein gemeingefährliches Verbrechen begreift. Dieses Kriterium fehlt aber bei der Concussion gänzlich [51]). Die Androhungen von Feuersbrünsten werden durch dasselbe Merkmal charakterisirt [52]). Mit dieser fließt jedoch die Concussion in einem Punkte zusammen [53]), welcher späterhin berücksichtigt werden soll.

Der vierzehnte Abschnitt unseres Strafrechtes handelt von Entwendungen, und stellt darin nachstehende Classification auf:

I. eigenmäßige Besitzergreifung,

a) ohne Gewalt an Personen (Diebstahl), §. 1108 fg.

b) mit Gewalt an Personen (Raub), §. 1187 fg.

II. ohne eigenmächtige Besitzergreifung durch Mitwirkung des Besitzers mittelst Tradition (Concussion), §. 1254 und 1255. [54])

---

50) §§. 515. 516. d. A. L. R. II. 20.

51) Heffter a. a. O. §. 362. S. 385. Henke a. a. O. Bd. III. S. 636. §. 1509. d. A. L. R. II. 20.

52) §§. 1535 u. 1537. d. A. L. R. II. 20.

53) §. 1536. a. a. O.

54) Hitzig's Zeitschrift Bd. 14. S. 404.

Die Art und Weise, wie die Concussion mit dem Diebstahl und dem Raube äußerlich zusammenhängt, ist durch diese Aufstellung ganz übersichtlich angegeben. Wir können jedoch bei diesem laxen Bande nicht stehen bleiben. Denn zuvörderst ist darin die Frage nicht weiter berührt, wie der Concussus zur Mitwirkung durch Tradition bewogen worden ist. Sodann ist es für diese Lehre ganz besonders wichtig, den Begriff des Raubes von dem Diebstahl so scharf als möglich zu trennen, was in der Aufstellung ebenfalls nicht hinlänglich geschehen ist.

Diebstahl und Raub sind im ursprünglichen Sinne zwei specifisch verschiedene Verbrechen. Erst die neueren Criminalisten haben dieselben als zwei Arten eines Gattungsverbrechens behandelt [55]). Das Landrecht hat diese Theorie adoptirt Der Raub ist ein potenzirter Diebstahl, es müssen sich alle Kriterien des Diebstahls in ihm widerfinden. Man versteht darunter eine in diebischer Absicht durch Zufügung oder Androhung einer gegenwärtigen Gewalt verübte Entwendung [56]). Diese Begriffsbestimmung liegt auch dem Landrechte zum Grunde [57]). Dasselbe kennt auch eine in diebischer Absicht auf eine gewaltsame Weise unternommene Besitzergreifung fremder unbeweglicher Sachen [58]).

---

55) Temme Lehre vom Diebstahle S. 51 fg.

56) Klein's Grundsätze §. 455.

57) §. 1187 u. 1188. II. 20. vergl. mit Temme a. a. O. S. 56 fg. S. 335 fg. Wir sind übrigens mit demselben ganz darin einverstanden, daß das Verbrechen des Raubes nach dem Landrechte construirt werden muß, und daß die verworrene Circular-Verordnung vom 26. Febr. 1799 in dessen Begriff nichts hat ändern wollen.

58) §§. 1184 fg. des A. L. R. II. 20.

Zum Thatbestande des Raubes gehört also:

1) eine Entwendung, deren Gegenstand immer nur eine bewegliche Sache seyn kann;

2) eine dem Besitzer physisch zugefügte, oder psychologisch angedrohte gegenwärtige Gewalt, welche es ihm unmöglich macht, die Entziehung des Seinigen zu vereiteln [59]).

Das Landrecht erfordert das zweite Merkmal der „gegenwärtigen Gewalt" ebenfalls. Dies ergiebt sich aus der Wortfassung der §§. 1187 und 1188. cit. ganz deutlich. Der erstere spricht von der Anwendung der physischen Gewalt, und stellt dieselbe als Mittel der Besitzergreifung dar. Es wird also dabei vorausgesetzt, daß dieses Mittel sogleich verwirklicht wird. Der zweite Paragraph deutet das Verhältniß der Gegenwart durch die Worte „Androhung gefährlicher Behandlung" sehr treffend an. Diese bezeichnen einen Act, dessen augenblicklicher Vollziehung kein Hinderniß im Wege steht. Ueber die Wesentlichkeit dieses Merkmals sind auch alle älteren deutschen Criminalisten einverstanden [60]). Das Landrecht ist dieser Ansicht treu geblieben. Die Wortfassung der übrigen Strafbestimmungen liefern dafür die Bestätigung. Das Merkmal der Gegenwart muß also um so mehr als wesentliches Requisit beibehalten werden, als der Beweis nicht geführt werden kann, die Redactoren hätten dies Kriterium als nicht zur Sache gehörig verworfen. Dasselbe ist aber auch für die Concussion von großer Wichtigkeit.

---

59) Klein a. a. O. Feuerbach Lehrbuch §. 355.

60) Kress l. c. Boehmer medit. in C. C. C. ad art. 126. §. 4. cit. Quistorp a. a. O. §. 300.

Man sagt gewöhnlich: der Diebstahl unterscheidet sich dadurch vom Raub, daß ersterer eine Entwendung ohne Gewalt an Personen involvirt. — Im Allgemeinen ist hiergegen nichts zu erinnern. Bei den ohne Wissen und hinter dem Rücken des Damnificaten verübten Diebstählen versteht sich diese negative Eigenschaft von selbst. Viele Diebstähle werden aber auch unter den Augen der Bestohlenen verübt. Dabei ist wieder eine doppelte Begehung denkbar. Der Dieb nimmt eine Sache hinweg, und verläßt sich auf die Geschwindigkeit seiner Füße u. s. w., oder er wirkt auf den zu Bestehlenden sonst ein, daß er den Diebstahl duldet. Nicht jede Einwirkung der Art stempelt diese letztere Entwendung zum Raube. Es gehören vielmehr dazu die oben bemerkten zwei ganz speciellen Requisite. Wird die Duldung durch Drohungen erzwungen, so ist folgende Unterscheidung zu treffen:

1) Die gefährlichen Drohungen betreffen die Persönlichkeit des Damnificaten, d. h. dessen Leben, Gesundheit oder Freiheit, und sind zugleich auf augenblickliche Realisirung berechnet. In diesem Falle ist das Verbrechen des Raubes vorhanden.

2) Die zu Hülfe genommenen Drohungen beziehen sich nicht auf die Persönlichkeit des Bestohlenen und dessen Angehörigen, oder sie werden nur für die Zukunft angedroht. Hierdurch wird der Begriff des Diebstahls nicht weiter alterirt. Er bleibt das, was er ist, und die Strafe kann nur wegen der damit verknüpften Verwegenheit aus dem §. 1150. d. T. verschärft werden [61]).

---

61) Die vorstehenden Auseinanderhaltungen, welche sich selbst rechtfertigen, sind bereits von Schreiner in Hitzig's Zeit-

Diese Bemerkungen sind für die Lehre von der Concussion von der höchsten Wichtigkeit, wie sich aus dem letzten Abschnitt dieser Abhandlung zur Genüge ergeben wird.

Die Concussion unterscheidet sich vom Raube zunächst dadurch, daß sie nur durch eine psychologische Gewalt verübt werden kann. — Jede sofortige mechanische (physische) Gewaltanwendung ist davon ausgeschlossen, wie wir bereits oben gesehen haben. Das fernere Unterscheidungszeichen besteht darin, daß die Concussion, welcher stets eine eigennützige Absicht zum Grunde liegt, niemals eine eigentliche Entwendung ist. Es wird vielmehr stets dabei vorausgesetzt, daß der Damnificat durch die ihm eingejagte Furcht bewogen worden ist, Gelder oder Sachen herzugeben [62]). Die Concussion wird also durch eine Willenserklärung des Damnificaten bedingt; da, wo sich der Letztere blos leidend verhält, ist niemals eine Concussion vorhanden. Diese setzt vielmehr immer eine wechselseitige Willenserklärung voraus, wovon die eine durch Drohungen ins Leben getreten ist. Der Bedrohte entäußert sich nun entweder von Etwas ohne Entgelt, oder gegen den Empfang einer Vergeltung. Die letztere Form ruft die Parömie des alten deutschen Rechts in das Leben zurück: Tausch ist kein Raub, deren frühere Bedeutung jedoch in neueren Zeiten nicht mehr anerkannt wurde [63]). Mit derselben hängt die landrecht-

---

schrift Bd. 6. S. 116 — 118. mit guten Gründen vertheidigt worden. Dort wird auch ausgeführt, daß die landrechtliche Wortconstruction des Straßenraubes nicht geeignet ist, den aufgestellten Begriff des Raubes anders zu normiren.

62) Hitzig a. a. O. S. 121.

63) Quistorp a. a. O. §. 299.

liche Concussion ihrem Inhalte nach wesentlich zusammen. Das eigentliche kriterische Unterscheidungszeichen besteht also selbst für die Form, in welcher keine Gegenleistung vorkommt, darin, daß die Concussion immer eine Leistung des Bedrohten voraussetzt. Der Raub charakterisirt sich im Gegensatze davon nur durch ein passives Verhalten, d. h. durch eine Duldung des Damnificaten. Dieses Raubmerkmal ist aber nichts Essentielles, sondern nur ein Naturale. Denn es kann recht wohl vorkommen, daß der Bedrohte sich zu einer Leistung versteht, in welchem Falle dessen ungeachtet ein Raub angenommen werden muß. Die Richtigkeit dieser Annahme hat sich in der Praxis schon sehr oft herausgestellt. Man nehme folgende einfache Fälle an, welche bereits vorgekommen sind.

Der A überfällt den B auf offener Landstraße, und setzt ihm ein scharf geladenes Pistol mit den Worten auf die Brust: Die Börse, oder das Leben! Der Bedrohte übergiebt darauf dem Verbrecher seine Geldbörse. Hier liegt ein Straßenraub, und bei der Versetzung der That an einen andern Ort ein Raub, und keine Concussion vor. Nöthigt dagegen der A den B unter der Drohung des Todtschießens zur Ausstellung eines Schuldscheines über 1000 Thlr., so ist eine Concussion vorhanden. Denn die Leistung des Bedrohten ist hier so geeigenthümlicht, daß unbedenklich von einem Raube nicht die Rede seyn kann. Nöthigt endlich der A den B unter Androhung nicht augenblicklicher, sondern künftiger Uebel zur Uebergabe des bei sich führenden Geldes, so kann ebenfalls kein Raub, sondern nur eine Concussion angenommen werden.

Alle diese Schattirungen zeigen, daß beide Verbrechen dicht an einander grenzen, wiewohl sie specifisch

verschieden sind, und nicht in einen Begriff aufgelöst werden können [64]). Eine sichere abstracte Grenzlinie läßt sich aber zwischen beiden nicht ziehen. Hieraus dürfte sich wieder ergeben, daß es ein gewagtes unsicheres Unternehmen ist, Merkmale, welche der Concussion gewöhnlich beiwohnen, zu Essentialien erheben zu wollen. Das Object, so wie die Drohungen, welche nicht auf der Stelle, sondern erst in der Zukunft realisirbar sind, werden der Concussion dem Raube gegenüber sehr oft ihre rechte Stelle anweisen. Dessen ungeachtet liegt darin nichts Wesentliches; der einzelne Fall muß vielmehr darüber entscheiden. Das Gebiet der Concussion im Verhältniß zum Raube kann deshalb nicht positiv abgegrenzt, sondern nur negativ bestimmt werden. Es kommt noch hinzu, daß das preußische Strafrecht bestimmte einzelne Fälle der Concussion, wie weiter unten gezeigt werden soll, in den Umfang anderer Verbrechen hineinwirft. Von dieser Seite findet also ebenfalls eine quantitative Begriffsverringerung Statt. Der landrechtlichen Concussion liegt in dieser Betrachtnahme eine gewisse factische Aushülflichkeit zum Grunde, welche im römischen Rechte eine tiefe gesetzliche Bedeutung hatte. Nach dieser Darstellung ist Concussion im preußischen Rechte dasjenige gemeine Verbrechen, durch welches Jemand in gewinnsüchtiger Absicht einen Andern durch gefährliche Drohungen gegen Entgelt oder ohne Vergeltung zu einem nachtheiligen Vertrage nöthigt, in sofern dasselbe vermöge der Specialität dieser Drohungen nicht in ein anderes Verbrechen hineinfällt.

---

64) Hitzig's Zeitschrift a. a. O. S. 121 u. 122.

IV. Thatbestand.

1) Eine Androhung von Nachtheilen ist das erste wesentliche Requisit dieses Verbrechens. Ueber den Inhalt dieser Drohungen ist bereits oben das Nöthige gesagt worden. Es ist dabei nicht wesentlich, daß die Drohungen das Leben, die Gesundheit, die Freiheit, die Ehre oder das Vermögen des Concussus selbst unmittelbar berühren. Vielmehr gehören auch solche Drohungen hieher, wodurch mittelbar die Furcht des Damnificaten erregt werden kann. Dies wird namentlich dann der Fall seyn, wenn die beängstigenden Zudringlichkeiten gegen die erwähnten Güter solcher Personen gerichtet werden, welche dem Damnificaten eben so theuer sind, als ob sie seine eigenen wären [65]. Die besondere Qualification der Drohungen rücksichtlich ihrer Gefährlichkeit ist ebenfalls früher berührt worden. Gleichgültig ist es dabei, ob diese gefährlichen Drohungen rein factischer Natur, oder ob es s. g. minae juris sind. Zur gehörigen Würdigung der letzteren muß jedoch noch Folgendes bemerkt werden. Es ist ganz generell vorgeschrieben, daß die Drohung, sich seines Rechts auf eine gesetzmäßige Weise bedienen zu wollen, keinen psychologischen Zwang involvirt [66]. Diese Bestimmung spricht lediglich von der Ausübung einer civilrechtlichen Befugniß. Sie erhält ihre natürliche Beschränkung durch die Vorschrift, daß die Androhung einer Criminalverfolgung, sie mag mit oder ohne Grund geschehen

65) Dies wurde schon arg. fr. 8. §. 3. Dig. quod metus causa im gemeinen Recht angenommen. Die preußische Praxis ist diesem ganz richtigen Grundsatze treu geblieben. Hitzig's Zeitschrift Bd. 14. S. 179.

66) §§. 38. 39. des A. L. R. I. 4.

seyn, jede darauf erfolgte Willenserklärung entkräftet [67]). Die Drohung der Anklage eines Verbrechens, in sofern dieselbe wissentlich falsch ist, fällt schon von diesem Gesichtspunkte aus in das Gebiet des Criminalrechts hinein [68]). Aber auch bei dem Mangel dieser Voraussetzung enthält dieselbe eine strafbare Concussion. Dies versteht sich ganz von selbst, und bedarf keiner besonderen Rechtfertigung. Folgende Beispiele mögen zur Erläuterung dienen.

Ein Ladendiener unterschlägt seinem Principal eine geringe Geldsumme. Unglücklicher Weise hat der Markthelfer die That bemerkt. Er droht nun dem Erstern die Anzeige der Unterschlagung bei dem gemeinschaftlichen Principal, und stipulirt sich für sein Stillschweigen ein fortlaufendes wöchentliches Honorar. Es unterliegt keinem Bedenken, daß er als Concutient bestraft werden muß.

Ein anderer Handlungsgehülfe wird bei der Unterschlagung von 50 Rthlr. ertappt, welche ihm sein eigener Principal sofort wieder abnimmt. Letzterer droht dem Thäter ebenfalls mit einer Criminalverfolgung, proponirt ihm jedoch die Ausstellung eines Schuldscheins über 100 Rthlr., und verspricht gegen Empfang dieses Scheins Stillschweigen. Hier ist ebenfalls eine Concussion vorhanden.

Uebrigens sind die Drohungen an keine bestimmten Formen gebunden. Sie können ausdrücklich (mündlich oder schriftlich) ausgesprochen, oder auch symbolisch ausgedrückt seyn. Es genügt vollkommen, wenn nur die Realisirung der gefährlichen Drohungen wahr=

---

67) §. 35. des A. L. R. I. 4.

68) §§. 1431 fg. des A. L. R. II. 20.

scheinlich befürchtet werden kann. Ein gespanntes scharf geladenes Pistol in lebensgefährlicher Richtung, ein Feuerbrand in hochgeschwungener Faust sind unter besonderen Umständen viel sprechender, als beängstigende Drohworte. Es versteht sich dabei wieder von selbst, daß die absichtlichen Drohungen das Gebiet der realen Wirklichkeit beschritten haben müssen. Scheindrohungen, welche nur in der Einbildung des angeblichen Concussus existiren, verdienen keine Berücksichtigung. Folgender Straffall macht dieses klar.

Ein harmloser Fußreisender ruht mit abgelegten Effecten auf der Straße aus. Er sieht mit einem Male einen Landstreicher querfeldüber mit einem Instrument auf sich zukommen, welches er für ein Schießgewehr hält. In der Entfernung einer Schußweite glaubt der furchtsame Hase, daß die Flinte auf ihn angelegt wird. Er nimmt Reißaus. Der Landstreicher, welcher nur einen Stock in der Hand trug, bemächtigt sich der zurückgelassenen Effecten, und geht damit fort. Hier ist kein Straßenraub, keine Concussion, sondern offenbar nur ein Diebstahl verübt worden. —

2) Zum Thatbestande dieses Verbrechens gehört ferner die Absicht des Thäters, durch die absichtliche Bedrohung des Andern sich einen unerlaubten rechtswidrigen Vermögensvortheil zu verschaffen. Carpzow und viele seiner Nachfolger waren in diesem Requisit vollständig einverstanden [69]). Das Landrecht hat diese Ansicht adoptirt. Es stellt die Concussion unter die Lehre von den Entwendungen, d. h.

---

69) Carpzow l. c. Koch l. c. pecuniae vel alicujus rei extorquendae causa.

unter die eigennützige Entziehung fremden Eigenthums, um daraus einen unerlaubten Vortheil oder Gewinn zu erlangen. Wo dies Kriterium fehlt, ist also auch keine Concussion vorhanden. Wer z. B. durch gefährliche Drohungen ein Frauenzimmer zwingt, daß es sich ihm zur Wollust preisgiebt, begeht keine Concussion, sondern eine Nothzucht [70]). Die durch psychologischen Zwang bewirkte Eingehung einer Ehe involvirt ebenfalls eine strafbare Handlung. Zu welcher Gattung von Verbrechen dieselbe gehört, läßt sich im Allgemeinen nicht bestimmen. Es kommt dabei alles auf die Absicht des Thäters an. Betrachtete er die erzwungene Ehe nur als ein Mittel zur Befriedigung seiner Geschlechtslust, so fällt die That unter die s. g. fleischlichen Verbrechen. Bezweckte derselbe dagegen durch die Ehe die eigennützige Gewinnung des Vermögens seiner Frau, so gehört das Verbrechen dem Gebiet der Concussion an. — Es lassen sich hiebei noch verschiedene andere Richtungen denken.

Man nehme dagegen folgenden Fall an:

Es droht Jemand einem Andern, um ihm eine schriftliche Abbitte, oder einen öffentlichen Widerruf abzunöthigen. Der Bedrohte wendet diese zudringliche Anmaßung dadurch von sich ab, daß er dem Drohenden einen Vermögensvortheil anbietet, womit sich dieser, nach vielem Bitten, endlich abfinden und beschwichtigen läßt. Hier ist das Requisit der Abnöthigung eines Vermögensvortheils durch Drohungen vorhanden. Der Verbrecher richtete indessen seine Absicht auf einen andern Zweck, dessen Erreichung er

70) §. 1051. des A. L. R. II. 20.

durch die Annahme eines Vermögensvortheils aufgab. Es fehlt also das Requisit der absichtlichen Erreichung eines Vortheils. Hieraus ergiebt sich, daß dieser Fall nicht zur Concussion gehört. Denn der Vermögensvortheil muß direct beabsichtigt seyn. Derselbe kann in allen Vermögensobjecten bestehen, d. h. in baarem Gelde, werthvollen Sachen, ja sogar in Handlungen, falls sie nur einen solchen Vortheil gewähren. Eben so kommt nichts darauf an, ob der Gewinn unmittelbar oder mittelbar durch die Concussion erreicht werden soll. Die Fälle der mittelbaren Gewinnung gehören recht eigentlich hieher. Es muß dabei nochmals wiederholt werden, daß es hiebei ganz gleichgültig ist, ob der Inhalt der gefährlichen Drohung die Ausübung eines wirklich begründeten Rechts enthält, oder ob mit einer an und für sich ungerechten Handlung gedroht wird [71]).

3) Das dritte Hauptrequisit besteht darin, daß der Bedrohte zur Eingehung eines für ihn nachtheilichen Vertrages genöthigt wird. — Hierin liegt die eigentliche Beschädigung. Ob schriftlich oder mündlich, ob über ein Geben, Thun, oder eine andere Leistung contrahirt wird, ist dagegen unerheblich. Eben so unwesentlich ist es, ob der Vertrag für den Drohenden ein oneroses, oder lucratives Geschäft ist. — Es kommt nur alles darauf an, daß das zweite Hauptmerkmal in diesem Vertrage nicht zu Grunde geht.

Zweifelhaft kann es dabei seyn, ob der rechtswidrige Vortheil, wenn er nicht dem Drohenden, sondern einem Dritten stipulirt wird, das Wesen der

71) Heffter a. a. O. §. 368. Henke Handbuch Bd. 3. S. 174 u. 175.

Concussion aufhebt, oder nicht? Im Allgemeinen läßt sich darüber nichts entscheiden. Es kommt alles darauf an, in welchem Verhältniß der Drohende zu dem Dritten steht, und ob durch die Bereicherung des Dritten auch dem Thäter ein Gewinn zufließen wird. Denn in allen Fällen, in welchen der Eigennuz des Vergewaltigers ganz fehlt, da kann natürlich nicht mehr von einer Concussion die Rede seyn.

Das Verbrechen ist vollendet, sobald der Vertrag, welcher der Gegenstand der Concussion war, zu Stande gekommen ist. Das gemeine Criminalrecht erfordert ebenfalls zur Perfection der Concussion, daß der habsüchtige Zweck erreicht, mithin die Uebergabe der Sache erfolgt, oder diejenige Handlung vorgenommen worden ist, welche der Thäter zu erlangen oder zu erwirken beabsichtigte [72]).

Diese Regel ist auch im preußischen Rechte beibehalten, wie sich aus dem Wortinhalte der §§. 1254 und 1255. zur Genüge ergiebt [73]). Doch muß man hiebei noch zwischen schriftlichen und mündlichen Verträgen unterscheiden. Bei den ersteren ist die Concussion vollendet, sobald der Bedrohte den Vertrag durch Unterschrift vollzogen hat. Waren also die Drohungen darauf gerichtet, von dem Damnificaten die Ausstellung eines Schuldscheins zu erlangen, so liegt die Vollendung des Verbrechens in der Ausstellung und Aushändigung des Schuldscheins an den Vergewaltiger. Darauf, daß die Schuldurkunde realisirt und das Geld darauf von dem Thäter erhoben worden

72) Heffter a. a. O. §. 367.

73) Vergl. Henke a. a. O. S. 178.

ist, kann unter diesen Umständen nichts weiter ankommen.

Zweifelhaft ist dieser Punkt bei mündlichen Verträgen. Genügt hiebei zur Vollendung der Concussion das mündliche Versprechen des Concussus, oder muß noch die wirkliche Erfüllung hinzukommen? Nach der richtigen Meinung muß die letztere Alternative angenommen werden. Für den Fall der einseitigen Abnöthigung folgt die Richtigkeit dieser Annahme aus der ausdrücklichen Vorschrift des §. 1255. Diese muß aber auch für den Fall maßgebend seyn, wenn dem Concussus eine Entgeltung zugesichert worden ist. Denn jeder erzwungene mündliche Vertrag wird erst durch die Erfüllung existent, und ist vorher nichts Reelles. Die Einwilligung des Concussus, welche der Freiheit des Willens entbehrt, kann nach der Abwendung der Drohung durch das gegebene Versprechen ohne weiteres Zuthun sich selbst wieder in integrum restituiren. Der Bedrohte ändert seine Willensmeinung später, und sichert sich vor der Wiederholung der Drohung. Damit ist alles wieder in den früheren Zustand versetzt. Diese Grundsätze müssen unbedingt gelten, und Analogien über die Wirksamkeit der mündlichen Verträge lassen sich aus dem Civilrecht in das Criminalrecht nicht hinübernehmen. Man kann auch nicht behaupten, das auf diese Weise zwischen den durch Concussionen eingegangenen mündlichen und schriftlichen Verträgen eine erhebliche Ungleichheit herbeigeführt werde. Denn ein mündlich gegebenes Versprechen läßt sich, nachdem die Gefahr dadurch abgewendet worden ist, ohne weiteren Nachtheil zurücknehmen. Dieses ist jedoch bei der voraufgegangenen Eingehung eines schriftlichen Vertrages nicht möglich. Die

Schrift ist für den Concussus so lange bindend, bis der Nachweis geführt ist, daß er wirklich derjenige ist, für welchen er angesehen seyn will. Diesem reellen Nachtheil kann bei mündlichen Verträgen, ohne Ausnahme, nur die wirkliche Leistung des abgedrungenen Objectes gleichheitlich an die Seite gesetzt werden.

4. Endlich gehört noch zum Wesen der Concussion, daß dieselbe nicht in ein anderes Verbrechen übergegangen seyn darf. — Gemeinrechtlich dürfte diese Einschränkung nicht zu den Essentialien zu zählen seyn [74]), wohl aber nach dem preußischen Landrechte. Denn abgesehen davon, daß einzelne Fälle, welche zur Concussion gehören, von der Gesetzgebung ausdrücklich aus derselben herausgeworfen sind [75]), so hat auch der Begriff der Concussion dem Raube gegenüber kein selbstständiges Gebiet. Er läßt sich, wie wir gesehen haben, nur negativ bestimmen. Bald unterscheidet sich die Concussion von dem Raube durch die Selbstthätigkeit des Concussus, bald durch das abgedrungene Object, bald durch die Androhung von zukünftigen Uebeln, wie bereits ausgeführt worden ist.

So wie nun die Concussion in ein anderes Verbrechen überspringen kann, eben so kann dieselbe auch mit andern Verbrechen in Concurrenz treten. Beide Fälle dürfen nicht mit einander verwechselt werden. Concussion ist in Verbindung sowohl mit Raub und Diebstahl, als auch mit andern Verbrechen denkbar. Namentlich gehört hieher diejenige Concussion, welche unter dem Vorwande der Amtsgewalt verübt wird. — Hier liegt ebenfalls eine Concurrenz zweier Verbrechen

74) Henke Handbuch a. a. O. S. 179.

75) Z. B. §§. 1535, 1417 u. 1418. des A. L. R. II. 20.

vor [76]). Die Bestrafung dieser zusammengesetzten Verbrechen erfolgt nach den allgemeinen Principien, welche außerhalb der Sphäre unserer Betrachtung liegen.

V. Strafen.

Zur Erleichterung der Uebersicht müssen die hieher gehörigen Strafen in eigentliche und uneigentliche (poenae propriae et impropriae) eingetheilt werden. Wir verstehen unter den ersteren solche, welche für das aushülfliche Verbrechen der Concussion allgemein angeordnet worden sind. Die uneigentlichen Strafen sind dagegen für solche specielle Fälle erlassen, welche das Strafgesetz aus dem Gebiet der Concussion herausgenommen und anderen Verbrechen untergeordnet hat.

A. Eigentliche Concussionsstrafen.

Hier muß vorweg wieder unterschieden werden, ob ein widerrechtlicher Gewinn gegen Entgelt, oder ohne einen solchen durch Concussion abgenöthigt worden ist. — Liegt nun der Concussion ein Tausch zum Grunde, so sind folgende beiden Fälle zu trennen:

1) ob eine lebensgefährliche Handlung angedroht worden ist,

2) oder ob sich die Drohung in anderer Weise geäußert hat.

Im erstern Falle unterliegt der Thäter nach der Cabinetsorder vom 6ten Mai 1825 einer drei bis sechs-

76) Der neue Entwurf des Strafgesetzbuches für die preuß. Staaten, welcher das Verbrechen der Concussion ausführlicher behandelt, als das Landrecht (§§. 363 u. 364. 442—447.), erkennt diese nur dadurch an, daß die Strafe der Erpressung, unter der Vorspiegelung der Amtsgewalt verübt, bei der Zumessung gesteigert werden soll.

jährigen Zuchthausstrafe. Diese Order schafft kein neues Verbrechen, sondern blos eine neue Strafe. Auf die Unterscheidung, ob die Concussion mit oder ohne Entgelt vorgenommen wurde, ist darin keine Rücksicht genommen. Sie lautet vielmehr ganz allgemein. Die erwähnte Unterscheidung darf also auch vom Richter nicht hineingelegt werden. Die Cabinetsorder soll eine Straflücke ausfüllen. Diese Lücke ist aber nur bei dem §. 1254. fühlbar, sie muß also hier ganz besonders maßgebend seyn. — Ueber diesen Punkt ist man in der Praxis vollständig einverstanden.

Im zweiten Falle trifft den Concutienten nur eine willkührliche Strafe, welche sechs Wochen Gefängniß, oder funfzig Thaler Geldbuße nicht übersteigen darf [77]). Hier findet nicht einmal eine Criminal-, sondern nur eine fiskalische Untersuchung Statt [78]).

Involvirt die Concussion dagegen keinen Tausch; wird der Bedrohte vielmehr genöthigt, Gelder oder Sachen ohne Vergeltung zu geben, so kommen die im §. 1255. cit. oder in der Cabinetsorder vom 6ten Mai 1825 festgesetzten Strafen zur Anwendung. Diese wenigen Worte sind wohl bald ausgesprochen, es ist jedoch wenig oder gar nichts mit demselben gesagt.

Wir haben bereits oben erörtert, wie sich der nicht heimliche Diebstahl von dem Raube unterscheidet. Wenn nun der §. 1255. festsetzt, daß die Concussion ohne Vergeltung nach Maßgabe der dazu gebrauchten Mittel, bald wie ein Diebstahl, bald wie

77) §. 1254. cit. vergl. mit §. 35. II. 20.

78) §. 34. Nr. 1. der Allg. Ger. Ordn. I. 35.

ein Raub bestraft werden soll, so deutet derselbe offenbar auf die Verschiedenartigkeit der Drohungen hin, welche den Raub charakterisiren, und welche beim Diebstahl vorkommen können, ohne daß er dadurch in den Raub ausartet. Hiernach muß man folgende Unterscheidungen treffen:

1) Die angewendeten Drohungen betreffen nicht unmittelbar die Persönlichkeit des Concussus, sondern andere Güter desselben oder andere abwesende Persönlichkeiten, dann treten die Strafen des Diebstahls ein. Dies ist auch namentlich dann der Fall, wenn die dem Concussus unmittelbar angedrohten Uebel nicht sofort, sondern erst künftig realisirt werden sollen.

Welcher Diebstahl hier gemeint ist, kann nicht zweifelhaft seyn. Denn in allen Fällen, in welchen dieser Ausdruck ohne weitern Beisatz gebraucht wird, versteht man darunter den gemeinen Diebstahl. Dies muß hier um so mehr geschehen, als bei Concussionen die verschiedenen Abstufungen und Modificationen, wonach die Strafbarkeit der Diebstähle abgemessen wird, gar nicht Statt finden können. Doch kommt es wohl darauf an, ob das Object der Concussion fünf Thaler, oder mehr beträgt. Die Strafe, welche hier eintritt, ist also entweder eine ein- bis vierwöchentliche Gefängnißstrafe, oder eine vierwöchentliche bis zweijährige Zuchthausstrafe [79]).

2) Liegen dagegen der Concussion solche Drohungen zum Grunde, welche den Raub charakterisiren, und unter andern Voraussetzungen dieses letztere Verbrechen herstellen würden, dann gerathen wir in eine Controversenschlinge, aus welcher schwer herauszufinden ist. —

---

79) §§. 1124 u. 1125. des A. L. R. II. 20. Hitzig a. a. O. S. 125.

Manche Praktiker nehmen an, daß von der Strafe des Raubes bei der Concussion überhaupt nicht mehr die Rede seyn könne. Dieses Resultat wird durch den §. 15. der Circularverordnung vom 26sten Februar 1799 [80]) vermittelt. Nach demselben unterscheidet sich der gewaltsame Diebstahl vom Raube lediglich dadurch, daß derselbe in schmerzloser Handanlegung besteht. Die Consequenz verlangt es, daß die Definition des Raubes (§. 1187.) geändert, und der dort erwähnten Gewalt das Prädicat „schwerlich" vorgesetzt, so wie daß der §. 1188. für wegfallend erachtet wird, weil er eine schmerzlose Gewalt supponirt, und also jetzt zum gewaltsamen Diebstahl gehört. Die Concussion kann nun ebenfalls nur auf eine schmerzlose Weise für den Damnificaten verübt werden, woraus dann folgen soll, daß auch hier an die Stelle der Strafe des Raubes die des gewaltsamen Diebstahls getreten ist [81]).

Der verunglückte §. 15. der Circularverordnung kann mit seinen vielfältig verwachsenen Zweifeln nur seine Erledigung in den Vorschriften des Landrechts finden, wie der §. 32. derselben Verordnung selbst anerkennt. Es ist auch ganz widersinnig, den Grundtypus des Raubes auf einen körperlichen Schmerz des Beraubten, also lediglich auf dessen Objectivität reduciren zu wollen, woran der Verfasser der Circularverordnung gar nicht gedacht hat. Endlich ist noch zu erwägen, daß im §. 1255. nicht vom Begriff, sondern von den Strafen des Raubes die Rede ist, welche trotz der Circularverordnung bei dieser Lehre nothwendig stehen geblieben seyn müssen [82]).

---

80) Nov. Corp. Const. Tom. X. Sp. 2249. Rabe Samml. Bd. 5. S. 530.

81) D. Glossen zum Crim. Recht. Breslau 1816. S. 62. 63 und 68.

82) Vergl. übrigens die Note 57.

Es wird deshalb mit Recht behauptet, daß in diesem Falle unbedingt die Strafe des §. 1188, also acht- bis zehnjährige Festungsstrafe Statt finden muß, auf welche der §. 1255. verweist. Die Cabinetsorder vom 6ten Mai 1825 kann hier deshalb nicht maßgebend seyn, weil dieselbe eine Lücke ausfüllen soll, welche in der Strafbestimmung des §. 1255. nicht zu finden ist.

Diese Meinung ist jedoch nicht unbestritten. Manche Gerichte halten den Grundsatz fest, daß die erwähnte Cabinetsorder den §. 1255, so weit er von der Strafe des Raubes spricht, unbedingt aufgehoben habe. Sie wollen deshalb hier immer nur drei- bis sechsjährige Zuchthausstrafe eintreten lassen. Man hat auch wohl geglaubt, beide Meinungen zu versöhnen. Dies ist aber jedenfalls die unglücklichste Absicht, welche sich in keinem Falle rechtfertigen läßt.

B. Uneigentliche Concussionsstrafen.

1) Gefährliche Drohungen mit Feueranlegen und mit Brandstiftungen, womit Geld oder andere Vortheile von einzelnen Privatpersonen erpreßt werden sollen, gehören unter die Versuchshandlungen der Brandstiftungen. Sie sind ausdrücklich aus der Lehre von den Concussionen herausgenommen, und werden mit drei- bis sechsjähriger Zuchthausstrafe belegt [83]). Die Strafbestimmung lautet hier ganz allgemein. Es kommt also nicht weiter darauf an, ob hier eine einseitige Erpressung zum Grunde liegt, oder ob die Bedrohung in der Form eines Tausches versteckt wird. So oft die Anwendung dieses Strafgesetzes in Frage kommt, ist in der Erkenntnißformel das Verbrechen nicht etwa Concussion, sondern versuchte Brandstiftung zu nennen.

83) §. 1536. des A. L. R. II. 20.

2) Ganz gleiche Grundsätze gelten von dem Falle, wenn ein Zeuge unter Androhung eines falschen Zeugnisses sich eine Belohnung zu erpressen sucht. Diese Handlung gehört landrechtlich ebenfalls unter eine andere Gattung von Verbrechen [84]).

3) Für die Concurrenz der Bettelei und Concussion existirt noch ein besonderes Specialgesetz. Dasselbe ist im §. 31. der Circularverordnung vom 26sten Februar 1799 enthalten, und lautet wörtlich also:

Ein freventlicher Bettler, welcher mit Gewalt in Wohnzimmer eindringt, oder durch Drohungen Almosen zu erpressen sucht, soll eben so bestraft werden, als hätte er einen gemeinen Diebstahl begangen. Ist die mündliche oder schriftliche Drohung auf Feueranlegen oder Mißhandlungen gerichtet gewesen, so wird dadurch die Strafe des gewaltsamen Diebstahls verwirkt.

Das neue Gesetz über die Bestrafung der Bettler vom 6ten Januar 1843 verordnet dagegen im §. 1 und 3:

Wenn der Bettler Waffen bei sich führt, oder sich Drohungen erlaubt, so hat derselbe, in sofern nicht durch die Drohung eine härtere Strafe verwirkt ist, Gefängniß nicht unter sechs Wochen, oder Strafarbeit zu sechs Monaten verwirkt [85]).

In welchem Verhältnisse steht nun dieses Gesetz zu der Bestimmung der Circularverordnung? doch wohl nicht, wie eine lex generalis zu einer lex specialis? Die Circularverordnung spricht allerdings von einer besonderen Gattung der Bettler, nämlich von freventlichen Bettlern. Von diesem Gesichtspunkte aus würde das angedeutete Verhältniß richtig seyn. Beide Gesetze beständen demnach neben einander. Der selige Baumgarten, bekanntlich der

84) §§. 1417 u. 1418 des A. L. R. II. 20.

85) Ges. Samml. von 1843. S. 19.

Concipient der Circularverordnung, hat es jedoch mit seinen Prädicaten nicht so genau genommen, und den Frevel nur auf die beängstigende Zudringlichkeit der Bettelei selbst bezogen. Ist diese Voraussetzung richtig, dann ist die allgemeine Strafbestimmung der Circularverordnung im ersten Satze durch das neue Bettelgesetz antiquirt.. Dagegen hat das letztere durch die Worte: „in sofern nicht durch die Drohung eine härtere Strafe verwirkt ist", die qualificirte Strafe der Circularverordnung im zweiten Satze aufrecht erhalten. Ein Bettler, welcher mit Mißhandlungen oder Feueranlegen droht, muß deshalb noch jetzt ex §§. 31. u. 16. der Circularverordnung mit ein- bis mehrjähriger Freiheitsstrafe belegt werden [86]).

4) Endlich ist noch das so genannte Postuliren der Buchdruckergesellen mit ganz speciellen Strafen bedroht [87]). Die Contraventionen gegen die darüber erlassene Verordnung, welche heut zu Tage kaum noch vorkommen dürften, sind von sehr singulärer Gattung. Es ist deshalb überflüssig, darüber noch besondere Worte zu verlieren.

---

86) Die unter den Nummern 1—3. erwähnten uneigentlichen Straffälle tragen noch ein gemeinschaftliches Merkmal an sich. Die im Gesetz verordnete ordentliche Strafe ist verwirkt, sobald die Drohungen inferirt worden sind. Dies ergiebt sich aus dem Wortinhalte der allegirten Strafgesetze auf das Genaueste. Hierin liegt also eine bedeutende Abweichung der eigentlichen Concussion.

87) Verbot vom 8ten October 1803. Nov. Corp. Const. Tom. II. Sp. 1895. Rabe Samml. Bd. 7. S. 498.

Halle,

Gebauer-Schwetschkesche Buchdruckerei.

Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben

von

den Professoren

J. F. H. Abegg in Breslau,
F. C. Th. Hepp in Tübingen,
J. M. F. Birnbaum in Gießen,
C. J. A. Mittermaier in Heidelberg,
A. W. Heffter in Berlin,
C. G. v. Wächter in Tübingen,
H. A. Zachariä in Göttingen.

Jahrgang 1846.

Drittes Stück.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn.
1846.



Inhalt.



Archiv des Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1846. Drittes Stück.

X.

Beitrag zur Lehre von der Theilnahme an einem Verbrechen.

Von

Hepp.

§. 1.

Die, bis auf die neueste Zeit so sehr bestrittene Lehre von der Theilnahme Mehrerer an einem Verbrechen (concursus, sc. plurium ad delictum,) wäre höchst einfach, wenn das Gesetz die verschiedenen Subjecte desselben hinsichtlich der Strafbarkeit ganz gleich behandelte, indem es dann völlig überflüssig wäre, sie dem Begriffe nach durch scharf abgegränzte Merkmale von einander zu unterscheiden. Denn Unterscheidungen, an welche sich keine praktischen Folgen oder Rechtssätze knüpfen, hat die Doctrin möglichst zu vermeiden, wenn sie nicht sich selbst und der Praxis zur Last fallen will.

Dies soll nun nach der Ansicht Mancher vom Standpunkte des römischen Rechts der Fall seyn, weil es die

Urheber, Gehülfen und Begünstiger gerade so mit derselben absoluten Strafe bedrohe, wie es nach seiner subjectiven Auffassungsweise auch nicht zwischen Versuch und Vollendung unterscheide, weshalb sich auch im römischen Rechte keine technischen Ausdrücke für diese, jetzt überall dem Begriffe und der Strafe nach unterschiedenen Subjecte, beziehungsweise Stadien des Verbrechens nachweisen liessen. Zwar sey dies nicht ausdrücklich bei allen Verbrechen ausgesprochen; aber es würde dem römischen Rechte an allem Prinzipe, an einer inneren Einheit fehlen, wenn man sich nur wörtlich an die einzelnen Fälle der Gesetze, namentlich der Volksschlüsse seit Sulla (Cornelischen Gesetze), halten wollte, ohne über diese hinaus sich zu einem allgemeinen Gedanken zu erheben. Und nach welchem sonstigen Prinzipe sollten wohl die Römer die gesetzlich unentschiedenen Fälle beurtheilt haben, da sich ein anderes nirgends in den Quellen nachweisen lasse, und überhaupt Wortklauberei nicht im Geiste der römischen Doctrin und Praxis gelegen habe?

Für diese, auf innerer Consequenz beruhende Ansicht könnten noch zwei weitere Gründe geltend gemacht werden, welche auf dem überall erkennbaren innigen Zusammenhange des Strafrechts mit dem Strafprocesse beruhen — ein Zusammenhang, welcher bei den Römern auch schon äußerlich dadurch hervortritt, daß die auf die einzelnen Verbrechen, oder vielmehr Verbrechensgattungen sich beziehenden Volksschlüsse einen doppelten Bestandtheil, nämlich einen strafrechtlichen und einen strafprocessualischen Theil zugleich hatten. Diese beiden Gründe sind: Volksgerichtsbarkeit und Privatanklageproceß.

Erstlich: Volksgerichtsbarkeit. Erwägt man, daß die meisten und wichtigsten Strafgesetze zur Zeit der Comitial- und später der Quästionen-Gerichte (als Stellvertreter jener) entstanden, und daß diesen Volks-

gerichten, abweichend von unsern heutigen Geschwornen-Gerichten, die Entscheidung der That- und der Rechtsfrage zugleich überwiesen war; erwägt man ferner, wie schwierig schon in der Doctrin, mehr noch (wie jeder Praktiker bezeugen wird) in der Praxis die richtige Unterscheidung der verschiedenen Arten der Theilnehmer an einem Verbrechen, so wie der Vollendung und des Versuchs, und nun gar der verschiedenen Stufen des letzteren ist; und verbindet man damit weiter, daß eben dasselbe Volk, welches als Richter über öffentliche Verbrechen zu entscheiden hatte, zugleich der Gesetzgeber über dieselben war: so mußten wohl diese Verhältnisse zu durchgreifenden, wenn auch nach unserer jetzigen Ansicht schneidenden Strafbestimmungen führen. Denn wie wäre es möglich gewesen, bloßen Volks- oder Geschwornengerichten die richtige Entscheidung so schwieriger, bei vielen, wo nicht den meisten Anklagen regelmäßig wiederkehrender Fragen zu überlassen, oder auch nur zu vermuthen? Daher eben die casuistische, ächt populäre Fassung der römischen Volksschlüsse — nicht in Form einer allgemein lautenden Definition der einzelnen Verbrechen, und unter Unterscheidung der dabei in verschiedener Weise betheiligten Subjecte (denn solche Strafgesetze hätten in ihrer Anwendung auf einzelne Fälle den Volksrichtern unbesiegbare Schwierigkeiten bereitet), sondern in der Jedermann verständlichen Fassung: „wer dies und das thut, auch das rc., der soll so und so bestraft werden", wobei zwischen Vollendung und Versuch, Urheberschaft, Beihülfe und Begünstigung dem Begriffe nach nicht unterschieden zu werden brauchte. Einfachheit der Strafgesetze, die aber freilich unvermeidlich zu großen Härten führt, erscheint daher als mit der Volksgerichtsbarkeit nothwendig verbunden, und läßt sich historisch auch bei andern Völkern nachweisen; wie umgekehrt die Strafgesetze immer

feiner und subtiler, ja zuletzt spitzfindig werden, je mehr die Anwendung derselben dem Stande gelehrter Richter überlassen wird.

Zweitens: Privatanklageproceß. Erwägt man, daß zur Zeit der Abfassung der wichtigsten Strafgesetze der Römer (leges) der Privatanklageproceß bestand, wonach jeder Bürger im öffentlichen Interesse verpflichtet war, als Ankläger aufzutreten, wenn er sich getrauen konnte, den Beweis eines verübten Verbrechens zu führen; daß sich dieser aber auch einer schweren Verantwortung aussetzte, wenn er die erhobene Anklage nicht zu erweisen vermochte, mithin dafür gesorgt werden mußte, daß nicht der Bürger zum Nachtheil des öffentlichen Wohls von dieser Pflicht abgeschreckt werde; endlich, daß es für den Ankläger, als Privatperson, eine schwierige, wo nicht unmögliche Aufgabe gewesen wäre, die von ihm zu erhebende Anklage auf ein bestimmtes Stadium des Verbrechens, oder auf eine bestimmte Art der Theilnahme an demselben zu richten, und seine Anklage in dieser besonderen Richtung zu erweisen, auf die Gefahr hin, widrigenfalls sich schweren Folgen auszusetzen: so mußte auch dies dahin führen, die Strafgesetze möglichst einfach, wenn auch schneidend, abzufassen, d. h. sich mit dem allgemeinen Beweise zu begnügen, daß der Angeklagte mit rechtswidrigem Vorsatze für oder in Beziehung auf ein gewisses Verbrechen, gleichviel in welcher Weise, thätig gewesen sey, ohne daß es also darauf ankam, ob er dasselbe vollendet oder nur (wenn auch in seinen ersten Stadien) versucht hatte, und ob ihn die Schuld als Urheber, oder nur als Gehülfen oder Begünstiger treffe. Bei einer solchen, in allgemeiner Form erhobenen und in dieser allgemeinen Form zu erweisenden Anklage konnten dann, auf den Grund der darüber vor ihren Augen gepflogenen Beweis- und Gegenbeweisführungen, die Volksrichter ohne

Schwierigkeit nicht bloß über die Frage: schuldig oder nicht schuldig, sondern im ersteren Falle auch über die gesetzlich verwirkte, weil durchgreifende (absolute), Strafe entscheiden.

Diesen keineswegs bloß äußeren, sondern auf dem inneren Zusammenhange des Strafrechts mit dem Strafverfahren beruhenden Gründen dürfte das römische Recht seine, wenn auch nicht ausschließliche, doch vorherrschende subjective Auffassungsweise mehr zu verdanken haben, als einer aus dem Begriff und Wesen des Verbrechens abgeleiteten allgemeinen Ansicht. Denn in den XII Tafeln tritt sie noch keineswegs hervor, sondern bildete sich erst nach und nach, je mehr Verbrechen durch Volksschlüsse mit öffentlicher Strafe bedroht wurden. Zwar wird neuerdings behauptet, daß alles schon in den XII Tafeln für jene Ansicht bereit gelegen sey; allein dies heißt den Quellen, überhaupt der Geschichte, den offenbarsten Zwang anthun. Ja, es läßt sich nicht einmal nachweisen, daß das römische Recht, dem Begriffe und der Strafbarkeit nach, überhaupt (im Allgemeinen) keinen Unterschied zwischen Vollendung und Versuch, und zwischen den verschiedenen Arten der Theilnehmer an einem Verbrechen anerkannt habe, mit andern Worten, daß die subjective Auffassungsweise ein allgemeines oder durchgreifendes Prinzip des römischen Rechts gewesen sey.

Vorerst erhellt dies schon aus dem Unterschiede zwischen crimina ordinaria, extraordinaria, und delicta privata, welche, obgleich sämmtlich zu den verbrecherischen Handlungen gehörig, nach dem Zeugnisse der Quellen in der gedachten Richtung ganz verschieden behandelt werden. Aber selbst in Beziehung auf die crimina ordinaria kann nicht nachgewiesen werden, daß alle, sowol ältere als neuere, Volksschlüsse so abgefaßt waren, daß der darin angedrohten absoluten Strafe ohne Unter-

schied Vollendung und Versuch (selbst auf der niedrigsten Stufe), Urheber, Gehülfen und Begünstiger unterlagen; ja nicht einmal, daß in denjenigen Volksschlüssen, welche in dieser allgemeinen Richtung abgefaßt waren, ein allgemeines Prinzip darüber aufgestellt war, indem sie stets nur einzelne Fälle angefangener (versuchter) Verbrechen ihrer besonderen Gefährlichkeit wegen mit derselben Strafe wie das vorliegende Verbrechen bedrohen, und statt der, allerdings in mehreren Volksschlüssen vorkommenden allgemeinen Formel (cujus ope, consilio, dolo malo factum est), oft nur einzelne, besonders bezeichnete Theilnahmehandlungen der Strafe des Hauptthäters unterworfen werden, wie dies Alles vom Standpuncte der Quellen und der neuesten quellenmäßigen Untersuchungen über das römische Recht noch kürzlich Rein in seiner Schrift: das Criminalrecht der Römer von Romulus bis auf Justinian, Leipzig 1844, unter Zurückweisung aller philosophischen petitiones principii, sehr gut nachgewiesen hat. Ueber den Inhalt der lex hinaus durfte aber — wenn es sich nicht von einer extensiven Auslegung, oder analogen Anwendung der einzelnen Fälle handelte — niemals gestraft werden, so daß der Umfang des Strafgebiets nicht durch ein angeblich allgemeines Prinzip, sondern durch die Fassung und den mehr oder minder reichen Inhalt der einzelnen lex bestimmt war.

Will man dies einen Buchstabendienst nennen, und den Römern Mangel an Einheit des Gedankens und innerer Consequenz vorwerfen, so mag dies vom Standpunkte einer philosophischen Auffassung, welche immer nur sich selbst in dem historisch gegebenen Stoffe sucht und zu finden glaubt, ein gegründeter Vorwurf seyn. Allein es giebt etwas Höheres im Leben, als bloß philosophische Consequenz, und dieses Höheren waren sich auch

die Römer bei ihren allerdings fragmentarischen Strafbestimmungen sehr wohl bewußt. Abgesehen davon, daß bei der allmähligen Entstehung und Fortbildung der römischen Strafgesetze schon von vorn herein keine consequente Durchführung eines allgemeinen (philosophischen) Gedankens erwartet werden kann, so hielten die Römer, ein durchaus praktisches Volk, desto fester an dem Satze, daß das öffentliche Interesse den Schutz der Ehre und Freiheit der Bürger gegen ungegründete Anklagen in demselben Maaße, wie die Bestrafung des Schuldigen, gebiete, somit das Strafgesetz keinen zu weiten Umfang haben, sondern sich auf die in der Erfahrung am häufigsten vorkommenden, unzweifelhaft gemeinschädlichen Handlungen zu beschränken habe, was zugleich nach der obigen Ausführung auch durch die Volksgerichtsbarkeit und den Privatanklageproceß der Römer geboten war. Allerdings war die Folge hievon, daß manche Handlungen, welche nicht einmal vermöge der Gesetzesanalogie unter die Casuistik des Strafgesetzes gebracht werden konnten, straflos blieben, und diese Straflosigkeit das öffentliche Interesse gefährden konnte; allein sollten denn wir es mit Recht an der gemeinrechtlichen Doctrin und Praxis, mehr noch an den neuen Strafgesetzgebungen, rühmen dürfen, daß des Generalisirens und der allgemeinen Prinzipe so viele geworden sind, daß die Anwendung solcher ausgedehnten Normen auf einzelne Fälle unvermeidlich entweder zu übertriebener Härte oder zu unverdienter Milde, ja nicht selten zu Absurditäten und Lächerlichkeiten führt? Wer bei den Römern als Ankläger auftreten wollte, bedurfte einer festen Grundlage, und diese konnte er nur aus dem, wenn auch häufig zu eng gefaßten, Gesetze entnehmen, und auch für den Richter war keine andere Norm der Entscheidung möglich, wenn er nicht (zur Zeit der Republik) seine beiden Functionen als Gesetzgeber und

als Richter, für deren Ausübung verfassungsmäßig ganz verschiedene Formen bestanden, mit einander vermengen wollte. Daher eben die häufige Erscheinung der Reproposition älterer, in der Erfahrung als zu lückenhaft erkannter Gesetze in den Volksversammlungen, was bei gewissen grassirenden Verbrechen, z. B. dem crimen ambitus etc., besonders häufig vorkommt, wobei man aber stets auf der Hut war, nicht zu weit zu gehen. Dabei stand noch die eigenthümliche Gerichtsorganisation der Römer der Bildung allgemeiner Prinzipe durch die Praxis in sofern entgegen, als die Quästionen-Gerichte nicht, wie die heutigen Geschwornengerichte, für alle Arten von Verbrechen, die durch eine lex mit öffentlicher Strafe bedroht waren, zuständig waren, sondern denselben, als hervorgegangen aus den quaestiones extraordinariae (besonderen Commissionen für die Aburtheilung einzelner Verbrechen), nur je ein besonderes Verbrechen, oder vielmehr (mit Rücksicht auf den regelmäßig weiten Umfang desselben) eine besondere Verbrechensgattung, z. B. crimen vis, falsum, majestatis etc., zur Verhandlung und Entscheidung zugewiesen war, so weit der Inhalt der lex reichte. Sprechen nun schon diese Gründe für sich gegen die Annahme, daß das römische Recht zur Zeit der Republik bei allen damals mit öffentlicher Strafe bedrohten Verbrechen dem Begriffe und der Strafbarkeit nach keinen Unterschied zwischen Vollendung und Versuch, Urheber, Gehülfen und Begünstiger anerkannt habe, so läßt sich dies noch weniger von den Kaiserzeiten, also vom Standpunkte des praktischen römischen Rechts behaupten. Nicht nur, daß später immer mehr strafbare Handlungen aufkamen, welche nach andern Grundsätzen beurtheilt wurden, und zum Theil schon die verschiedenen Arten der Theilnehmer der Strafe nach von einander unterscheiden, so mußte mit den durchgreifenden Veränderungen, welche

die Organisation der Gerichte, die Competenz der Strafbehörden, selbst das Strafverfahren und das Strafensystem erlitten, in Verbindung mit der wissenschaftlichen Ausbildung des römischen Strafrechts durch die klassischen Juristen zur Blüthezeit der Jurisprudenz, eine größere Mannigfaltigkeit von Rechtsgrundsätzen in jener, wie in andern Beziehungen gewonnen werden, als zur Zeit der alten Quästionen-Gerichte bestanden. Kann namentlich, wie von vielen neueren Schriftstellern behauptet wird, als gewiß angenommen werden, daß sich die spätere Praxis (wie es die Praxis überhaupt zu thun pflegt) nicht mehr so streng an die absolut bestimmten Strafen der altrepublikanischen Gesetze gebunden hielt, und dafür mancherlei Milderungsgründe der Strafe aufkamen, kurz daß die crimina ordinaria mehr nach Analogie der crimina extraordinaria, wo die Strafe regelmäßig eine arbiträre war, beurtheilt wurden: so wird sich namentlich nicht bezweifeln lassen, daß in der Praxis der Gerichte auch der Unterschied zwischen Vollendung und Versuch, zwischen Urheberschaft und bloßer Beihülfe und Begünstigung anerkannt wurde, wie diese Gegensätze dem Begriffe nach schon in den alten Volksschlüssen hervortreten, nur nicht als eigentliche technische Ausdrücke, weil Begriffsunterscheidungen hier unpraktisch waren. Mag dies auch nicht mit Bestimmtheit behauptet werden, so zeigt das römisch-Justinianische Recht jedenfalls keine einheitliche Entwickelung und consequente Durchführung Eines Prinzips.

Noch entschiedener ist der aus der (angeblich) gleichen Strafbarkeit der Urheber, Gehülfen und Begünstiger abgeleitete Schluß zurückzuweisen, daß dem römischen Rechte überhaupt „nur der beschränktere Begriff des verbrecherischen Vorsatzes (dolus) bekannt gewesen, und erst dem deutschen Recht der weitere Begriff der Ab-

sicht angehöre". Denn, selbst zugegeben, daß vom Standpunkte der altrepublikanischen Volksschlüsse, oder gar des römisch-Justinianischen Rechts, die Gehülfen und Begünstiger, ohne Rücksicht auf die minder strafbare Richtung ihres Willens (Absicht), der Strafe nach den Urhebern immer, oder doch regelmäßig gleichgestellt worden seyen, mit andern Worten, daß es bei ihnen schon an dem verbrecherischen Vorsatze überhaupt genügt habe: so kann doch daraus allein weder gefolgert werden, daß dem römischen Rechte der Begriff der Absicht im Allgemeinen fremd gewesen, noch daß dieser Begriff der weitere, der des dolus hingegen der engere sey.

Wäre jener Schluß gegründet, so hätte das römische Recht nach dem Satze: omnia delicta esse paria, alle vorsätzlichen Verbrechen mit derselben Strafe bedrohen müssen. Denn, ist nur im Allgemeinen rechtswidriger Vorsatz vorhanden, und soll die Absicht ein den Römern unbekannter Begriff gewesen seyn, so folgt daraus mit Nothwendigkeit, daß alle Verbrechen hinsichtlich der Strafbarkeit einander eben so gleich zu behandeln sind, wie dies von den Gehülfen und den Begünstigern im Verhältniß zum Urheber gilt. Dann gäbe es für den Richter nur Ein Verbrechen, und nur Eine Strafe für dieses eine Verbrechen, dessen Zerlegung in seine Gattungen und Arten für ihn eben so überflüssig, wie für den Gesetzgeber wäre. Das römische Recht hat sich aber niemals zu dem Satze: omnia delicta esse paria bekannt, unterscheidet vielmehr die verschiedenen Arten der strafbaren Handlungen je nach der — mehr oder minder strafbaren — Absicht des Uebertreters, und belegt sie mit Rücksicht auf diese verschiedene Absicht mit verschiedenen Strafen, daher auch der Ausdruck animus (Absicht) häufig genug in den Quellen vorkommt, z. B. als animus hostilis beim Hochverrath, als animus occidendi

bei der Tödtung, als animus nocendi bei Körperverletzungen, als animus furandi und intervertendi beim Diebstahl uud der Unterschlagung, injuriae faciendae causa bei Injurien rc. Wenn demgemäß das römische Recht bald — und zwar regelmäßig — die Strafe nach der Absicht des Uebertreters verschieden bestimmt, bald (wie bei den Gehülfen und Begünstigern) ohne Berücksichtigung derselben die gleiche Strafe für die verschiedenen Uebertreter androht, wie kann da noch von einer Einheit und inneren Consequenz des römischen Rechts, die man so gerne in der (äußerlich) schimmernden Form eines allgemeinen Prinzips hervortreten lassen möchte, die Rede seyn? Umgekehrt zeigt sich gerade darin eine innere Inconsequenz, die sich aber nach der obigen Ausführung sehr wohl erklären läßt. Und wenn nun gar für den, dem römischen Rechte unbekannten Begriff der Absicht Alles schon in den älteren deutschen Quellen eben so bereit gelegen haben soll, wie die subjective Auffassungsweise des römischen Rechts schon in den XII Tafeln, so muß man in der That über die Kühnheit solcher Behauptungen staunen.

Eben so wenig ist einzusehen, wie der Begriff des rechtswidrigen Vorsatzes der beschränktere, der der Absicht der weitere seyn soll. Man sollte eher meinen, daß es sich umgekehrt verhalte. Denn wenn sich das römische Recht bei den Gehülfen und Begünstigern schon mit dem dolus, d. h. im Allgemeinen mit dem rechtswidrigen Vorsatze begnügt, und sie deshalb, also ohne Berücksichtigung ihrer minder strafbaren Absicht, mit der Strafe des Urhebers bedroht, so umfaßt ja der Begriff des dolus alle drei Subjecte gemeinschaftlich, ist mithin der weitere Begriff, während die Absicht sie von einander trennt, mithin dieser Begriff der engere scheint. Indeß kann hier weder von einem weiteren, noch von

einem engeren Begriffe die Rede seyn, sondern nur davon, daß das römische Recht die Strafe bald nach der Absicht des Uebertreters bestimmt, bald nicht, mithin den Begriff des dolus nicht consequent auf alle Arten der Uebertretungen angewendet hat.

Bei den Römern zeigt sich hier ein gleiches Schwanken in der Terminologie, wie noch in der P. G. O., und selbst in den neuesten deutschen Strafgesetzgebungen, welche zur Bezeichnung des dolus, im Gegensatze der culpa, bald den Ausdruck: wissentlich (sciens), mit dem Bewußtseyn der Gefährlichkeit der Handlung ꝛc., bald: vorsätzlich, mit Willen, absichtlich (proposito, consulto, voluntate, animo) ꝛc., gebrauchen, mithin zur Bezeichnung des dolus von den beiden subjectiven Merkmalen desselben bald das Wissen, bald das Wollen hervorheben. Das Wissen besteht in der Kenntniß der factischen Verhältnisse, welche auf das projectirte Verbrechen Bezug haben, woraus für den Wollenden das Bewußtseyn der Unerlaubtheit der Handlung hervorgehen muß; und der Wille, gerichtet auf eine bestimmte Thätigkeit, als Gegenstand und Zweck des Wollens, wird Absicht genannt. Mithin drückt Absicht nur eine besondere Richtung des verbrecherischen Willens aus, welche bei jedem vorsätzlichen Verbrechen hervortreten muß, weil es sonst dem Wollenden an einem Objecte fehlen würde, für dessen Realisirung er thätig seyn wollte, kurz der Wollende selbst nicht wußte, was er wollte. Wie kann daher der Begriff der Absicht dem römischen Rechte fremd gewesen seyn, und erst dem deutschen Rechte angehören? Mag jenes immerhin die Gehülfen und die Begünstiger regelmäßig, ja stets mit derselben Strafe, wie den Urheber bedrohen, also bei ihnen auf die mehr oder minder strafbare Absicht, im Verhältniß zu einander und zum Urheber betrachtet, keine Rücksicht neh-

men — wie kann daraus gefolgert werden, daß das römische Recht gar nicht nach der Absicht gefragt habe, ja diesen Begriff nicht einmal gekannt haben soll? Dann müßte ja das ganze römische Strafrecht Unsinn und Unverstand seyn, was es doch gewiß nicht ist. Vorsatz drückt schon bei den Römern das Wissen und Wollen, Absicht die (als nothwendig gedachte) Richtung des Willens auf eine bestimmte Art der Thätigkeit aus, so daß den Deutschen hier keine Ehre der Erfindung gebührt. Dagegen ist es nicht zu billigen, daß die neuen Gesetzgebungen mit den Ausdrücken: gewollte und beabsichtigte That, mit Willen und mit Absicht rc., beständig abwechseln, mitunter selbst in Einem Artikel.

§. 2.

Nach der bisherigen Ausführung unterscheiden sich Urheber, Gehülfen und Begünstiger zunächst durch die verschiedene Richtung des verbrecherischen Willens (Absicht), was auch vom Standpunkte derjenigen neuen Gesetzgebungen festzuhalten ist, welche zwar nicht alle Arten von Gehülfen, aber doch Eine Klasse derselben, nämlich die Hauptgehülfen bei der That, mit der gleichen Strafe wie den Urheber bedrohen. Dies ist indeß nicht das einzige Moment, durch welches sie sich von einander unterscheiden, sondern nur dasjenige, wodurch sie, wenn Alles sonst gleich ist (was aber nur bei Gehülfen im Verhältniß zum Urheber vorkommen kann), sich immer dem Begriffe nach, und zugleich, wofern das Gesetz nicht eine Ausnahme macht, der Strafbarkeit nach, von einander unterscheiden.

Schwankend und bestritten ist aber schon der Gattungsbegriff, unter welchen diese verschiedenen Subjecte zu bringen sind; und daß dieser Streit kein bloß doctrineller sey, sondern sich vom Standpunkte der neuen Strafgesetzgebungen wichtige praktische Fol-

gen daran knüpfen, wird sich sogleich ergeben. Bauer (Abhandl. I. S. 412 fg.) nennt Theilnehmer an einem Verbrechen alle diejenigen, welche auf eine verschuldete Weise bei demselben Verbrechen mitgewirkt haben. Andere dagegen beschränken diesen Begriff auf die Theilnahme an dem Verbrechen eines Andern, also auf die Person der Gehülfen und der Begünstiger, mit Ausschluß der Urheber. Wiederum Andere verstehen unter Theilnehmer nur diejenigen, welche zur Hervorbringung eines Verbrechens mitgewirkt haben, schließen mithin die Begünstiger von diesen Begriffen aus — und eine wahre Blumenlese dieser verschiedenen und noch anderer Ansichten findet sich in den neuen württembergischen Gesetzgebungen und in der Praxis der dortigen Gerichte. Denn

1) kommt in dem Polizeistrafgesetze vom J. 1839 der Begriff Theilnehmer in der letzten Bedeutung vor, indem es im Art. 107 dieses Gesetzbuchs heißt: „Im Uebrigen finden die in dem Str. G. B. für die Bestrafung der Theilnehmer und der Begünstiger aufgestellten Grundsätze .... auch auf die in gegenwärtigem Gesetze aufgeführten Uebertretungen analoge Anwendung". Hier werden mithin Theilnehmer und Begünstiger einander entgegengesetzt, obgleich das Polizeistrafgesetz keine von dem Str. G. B. abweichende Terminologie aufstellen wollte. Hingegen

2) bei Entwendungen unter Ehegatten und Verwandten (was auch nach Art. 350 und 360 von Unterschlagung, Fälschung und Betrug gilt), so wie bei Amtsverbrechen, beschränkt die Praxis der württembergischen Gerichte die Worte der Artt. 339 Abs. 2, und 404: „fremde Theilnehmer" auf Gehülfen im Sinne der Artt. 84 fg. und Begünstiger, schließt mithin hier von dem Begriffe der Theilnahme nicht nur (im Sinne der zweiten Ansicht) den *physischen* Miturheber und den Anstifter, sondern auch *den* Hauptgehülfen bei der That aus, weil dieser

nach Art. 79 gleich strafbar mit dem Urheber sey. Vgl. dagegen des Verf.'s deutsche Strafrechtssysteme Th. 2. S. 321 fg. Sodann

3) sollen die Worte des Art. 178. Ziff. 6 des Str. G. B.: „die übrigen Theilnehmer" gar den Sinn haben: „andere concurrirende Verbrechen oder Vergehen", was eben so wenig zu billigen ist; vgl. des Verf.'s Staatsverbrechen und Staatsvergehen ꝛc. S. 214 fg. Ferner

4) hat die provisorische Str. Pr. O., Art. 10, den (provisorischen) Mißgriff begangen, zu den Theilnehmern an einem Verbrechen auch die bloßen Mitwisser zu zählen, so daß man vor der Hand genöthigt ist, zwischen Theilnehmern im strafrechtlichen und im strafprocessualischen Sinne zu unterscheiden. Es heißt nämlich dort: „Zugleich kommt den Bezirksgerichten 3) in vorstehenden Fällen (Ziff. 1 u. 2) die Bestrafung des Versuchs, der Theilnahme (Art. 84—94) . . . . zu". In dem Entwurfe hieß es: „der Beihülfe und Begünstigung", wobei es zur Vermeidung etwaniger Mißverständnisse nur des Zusatzes: „und der Mitwissenschaft" bedurft hätte, obgleich es sich von selbst versteht, daß die Bezirksgerichte in bezirksgerichtlichen Straffällen (Art. 10. Ziff. 1 u. 2) auch für die Bestrafung der bloßen Mitwisser, soweit dieselben nach Art. 93 u. 94 strafbar sind, zuständig seyn müssen, weil die Strafbarkeit derselben auf einer niederern Stufe als die der Begünstiger steht. In der Erklärung der Staats-Regierung vom 31 März 1843 heißt es dagegen: „Endlich erscheint es nicht unpassend, im Einklange mit den Begriffsbestimmungen und der Terminologie des Str. G. B., statt: Beihülfe und Begünstigung, den umfassenderen Ausdruck: Theilnahme zu wählen, wobei übrigens zu Vermeidung jedes Mißverständnisses auf die Art. 84 — 94 des Str. G. B. hinzuweisen ist", was auch in die Str. Pr. O. ohne Widerrede aufgenommen wurde. Hiernach soll „nach

den Begriffsbestimmungen und der Terminologie des Str. G. B." der Mitwisser noch zu den Theilnehmern am Verbrechen gehören. Allein diese Ansicht beruht auf der, zum Theil noch in der württemb. Praxis herrschenden, unrichtigen Ansicht, daß der Mitwisser in den Fällen des Art. 93 zu den negativen Gehülfen, und in den Fällen des Art. 94 zu den negativen Begünstigern gehöre. Dies widerstreitet nicht nur der ganzen Anlage des Str. G. B., und dem Art. 404, welcher ausnahmsweise die Mitwisser mit der Strafe der Gehülfen, beziehungsweise der Begünstiger bedroht (vgl. dazu den Haupt-Commissionsbericht, Beilage zu Art. 384 des Entw.); sondern auch der Erklärung der Motive: es verstehe sich aber von selbst, daß nicht die Strafbestimmungen über Mitwissenschaft, sondern über Beihülfe in Anwendung kämen, wenn die unterlassene Verhinderung des Verbrechens in der erweislichen Absicht der Beförderung desselben, also in verbrecherischer Absicht, geschah. Läge dies Alles aber auch nicht vor, so müßten, wenn bloße Mitwissser als Theilnehmer an einem fremden Verbrechen angesehen werden sollen, entweder die Artt. 84 u. 89 eine andere Begriffsbestimmung von der Beihülfe und der Begünstigung aufstellen; oder es müßte dem Mitwisser eine ihm fremde verbrecherische Absicht (die Absicht der Förderung des Verbrechens eines Andern) untergelegt, also mit andern Worten eine praesumtio doli aufgestellt werden, die dann aber die besonderen Strafdrohungen der Artt. 93 u. 94 überflüssig machen würde. Zwar stehen diese letzteren Artikel unter der Kapitelsüberschrift: „von Vollendung und Versuch, Vorsatz und Fahrlässigkeit, Urhebern und Theilnehmern". Allein, wenn man aus den bloßen Kapitelsüberschriften praktische Sätze ableiten wollte, so wäre dies nach dem Str. G. B., welches hierin sehr ungenau,

ja nachlässig ist, wie z. B. schon die Ueberschrift des folgenden (vierten) Kapitels: „von der Zurechnung" ergiebt, im höchsten Grade mißlich, daher aus dem Gegensatze der Ueberschrift des vorliegenden Kapitels: „von Urhebern und Theilnehmern" nicht einmal gefolgert werden kann, daß das Str. G. B. im Sinne der obigen zweiten Ansicht unter Theilnehmern nur Theilnehmer an einem fremden Verbrechen, also mit Ausschluß der Urheber, verstehe.

Will man sich aber daran halten, so rechtfertigt sich freilich dadurch — aber auch nur dadurch, mithin bloß formell — die oben (Ziff. 2) mitgetheilte eigenthümliche Ansicht der württ. Praxis über die Auslegung der Art. 339 und 404, so wie diejenige Ansicht, welche in strafrechtlicher und processualischer Hinsicht zugleich auch die Mitwisser zu den Theilnehmern an einem Verbrechen zählt. Dann müßte man aber auch z. B. nach der Ueberschrift des Kap. 4 denjenigen, welcher in rechter Nothwehr seinen Gegner tödtet, ein unzurechnungsfähiges Subject, und nach der Ueberschrift des Kap. 5 den Milderungsgrund des Art. 113 einen bloßen Zumessungsgrund der Strafe nennen; ferner nach der Ueberschrift des Art. 157 ein öffentliches Amt und einen bloßen Amtstitel für gleichbedeutend erklären; nach der Ueberschrift des Art. 162 die Mitglieder der Kammern (Art. 163) für Beamte erklären ꝛc.

Richtig haben aber die Motive (zu Art. 143 des Entw. S. 127, Comment. II. S. 171) bemerkt, daß der Mitwisser mehr als Mitwisser, d. h. wirklicher Theilnehmer am Verbrechen sey, wenn die Nichtverhinderung (Nicht-Anzeige) desselben in der erweislichen Absicht geschah, die Hervorbringung des Verbrechens dadurch zu befördern. Dies kann in doppelter Weise gedacht werden: entweder hatte der Mitwisser die Nichtanzeige zum Voraus versprochen, oder er unterließ die Anzeige ohne

eine solche Zusicherung. In dem ersten Falle liegt in der Zusicherung eine intellektuelle Beihülfe (moralische Bestärkung des fremden Entschlusses), in dem zweiten — der aber schwer zu erweisen seyn wird — eine negative Beihülfe, mithin im Uebrigen bloße Mitwissenschaft, im Gegensatz der Beihülfe (und auch der Begünstigung), also keine Theilnahme am fremden Verbrechen vor, wenn man nicht um der unzuverlässigen Ueberschrift des Kap. 3 des Str. G. B., und des provisorischen Mißgriffs der provis. Str. Pr. O. (Art. 10) willen, dem Angeschuldigten durch ungerechte Bezeichnung seines Reats ein schweres Unrecht zufügen will. Die Gründe für die Bestrafung der bloßen Mitwisser sind ja auch von ganz anderer (nämlich nur polizeilicher) Art, als diejenigen, auf welchen die Strafbarkeit der (wirklichen) Theilnehmer an einem Verbrechen, woraus sich nicht nur die mehrfachen Beschränkungen der Artt. 93 und 94, welche dort nicht vorkommen, erklären, sondern auch, daß manche Gesetzgebungen (und mit Recht) die bloßen Mitwisser gar nicht strafen, während die Theilnehmer am Verbrechen in allen Gesetzgebungen mit Strafe bedroht sind. Endlich

5) ist der im Art. 134 des Str. G. B. vorkommende Ausdruck: Theilnehmer, wiederum in einem andern als dem gewöhnlichen Sinne zu nehmen. Es heißt dort: „Haben Mehrere an Einem Verbrechen Theil genommen, so soll die gegen Einen Theilnehmer erhobene Klage auch gegen die Anderen gelten, und der hinsichtlich Eines derselben erklärte Verzicht auf die Klage auch in Betreff der Uebrigen wirken." Dieser, von der K. d. A. beigefügte Artikel beruht auf der Ansicht: bei nur auf Klage zu untersuchenden Verbrechen und Vergehen sollen entweder alle Theilnehmer untersucht und (wenn erwiesenermaßen schuldig) bestraft werden, oder es soll gegen alle keine Untersuchung eingeleitet werden. Das Ver-

klagen des einen, und das Verschonen des andern Theils, kurz ein willkürliches Auslesen des Einen oder Andern würde eben so bedenklich und anstößig seyn, als den Strafbehörden nur Schwierigkeiten und Verlegenheiten bereiten. Daß nun hier der Begriff „Theilnehmer" nicht im Sinne der Ueberschrift des Kap. 3 zu nehmen, d. h. nur auf Gehülfen und Begünstiger zu beschränken sey, ist einleuchtend, obgleich, wenn man mit der Praxis einige Artt. des Str. G. B. so auslegt, diese Auslegung auch von andern, oder vielmehr von allen Artt. des Str. G. B. gelten müßte, indem sich die Praxis nicht willkürlich, wie es ihr eben convenirt, einen bald weiteren, bald engeren Begriff von der Theilnahme bilden darf. Auch Hufnagel, das württ. Str. G. B. ꝛc. S. 136 Nr. 1, bemerkt richtig, daß hier Urheber, Miturheber, Gehülfen und Begünstiger zu verstehen seyen, (was analog, d. h. vermöge des argumentum a majori ad minus, auch von bloßen Mitwissern gelten wird), fügt jedoch hinzu: „bei solchen Verbrechen, die von Einer Person begangen werden können, oder bei solchen Verbrechen, die ihrem Begriffe nach von Zweien begangen werden". Dieses letzte „oder" führt auf einen, jedenfalls ungewöhnlichen Begriff des Theilnehmers.

Indeß verbinden wir damit zuvor die Aeußerung desselben Schriftstellers (a. a. O. S. 77), daß bei der Begriffsbestimmung des Complotts im Art. 78: „wenn zwei oder Mehrere die gemeinschaftliche Begehung eines bestimmten Verbrechens oder Vergehens aus unmittelbarem Interesse an der That beschließen", sich die Beschränkung von selbst verstehe: „sofern zu dessen Begriff nicht schon die Zusammenwirkung mehrerer Personen gehört". Hufnagel (Comment. Th. 2. S. 898) beruft sich dabei auf Marezoll, Lehrbuch S. 137, welcher sage: beim Complott müsse der Begriff des Theil-

nehmers auf solche Verbrechen beschränkt werden, welche möglicherweise ohne eine Art Complott begangen werden können. Denn auf Verbrechen, die, ihrem besonderen Thatbestande nach, ohne ein gewisses übereinstimmendes Handeln gar nicht gedacht werden können, wie z. B. Aufruhr, Tumult, Duell rc., leide das Prinzip, daß jeder Theilnehmer an der Ausführung als Miturheber zu bestrafen sey, keine Anwendung.

In dieser Bemerkung liegt allerdings etwas Wahres, und die Frage ist praktisch wichtig, weil, abgesehen von jenem Prinzipe, das Complott bei dem vollführten Verbrechen gesetzlich als Straferhöhungsgrund innerhalb der zu treffenden Strafrahme wirkt (Art. 109), wenn es aber nicht ausgeführt wurde, das Complott ausnahmsweise als Vorbereitungshandlung strafbar ist (Art. 80, 63), und, wenn gleich das Gesetz sich so allgemein ausdrückt, als ob ein Complott bei allen Verbrechen ohne Unterschied gedacht werden könne, gleichwohl kein vernünftiger Richter diesen Begriff und die daran sich knüpfenden strengeren Rechtsnormen z. B. auf das Duell, den Ehebruch, die Unzucht, den Wucher, die freiwillige Entführung (Art. 279), freiwillige Tödtung oder Mißhandlung (Art. 239), und andere Vergehungen, welche nur mit gegenseitiger Einwilligung (Connivenz) der schuldigen Theile verübt werden können, beziehen wird. Mehr aber kann nicht zugegeben werden, als daß bei solchen Vergehungen (die man, zum Unterschiede von andern, Connivenz-Verbrechen nennen könnte) der Begriff des Complotts und der Complottanten, also auch die daran geknüpften besonderen Rechtssätze (unter welchen der des Art. 80 hier vorzüglich wichtig wäre) völlig unanwendbar sind; wogegen auf Aufruhr, Hochverrath und andere Verbrechen, „welche] möglicherweise nur durch ein gewisses übereinstimmendes Handeln ausgeführt werden können", der

Begriff des Complotts, und das was sich rechtlich daran anknüpft, unzweifelhaft seine Anwendung findet.

Auf Connivenzverbrechen leidet aber nicht bloß der Begriff: Complott, Complottant, Theilnehmer eines Complotts ꝛc. keine Anwendung, sondern im gemeinen wie im wissenschaftlichen Leben bedient man sich bei dieser Kategorie von Verbrechen überhaupt nicht des Ausdrucks: „Theilnehmer". Man nennt die schuldigen Theile Duellanten, Ehebrecher, Scortanten ꝛc., nicht aber Theilnehmer eines Duells, eines Ehebruchs, einer Unzucht ꝛc., sondern versteht hier unter Theilnehmern dritte Personen, welche bei dem Duell, Ehebruch ꝛc. auf eine verschuldete Weise betheiligt waren, wodurch sich für diese Fälle die zweite oben aufgestellte (engere) Ansicht der Theilnahme, nämlich mit Ausschluß der Urheber, rechtfertigt. Hingegen in dem angeführten Art. 134 ist, wie Hufnagel richtig bemerkt, der Ausdruck „Theilnehmer" auch auf die Urheber oder Hauptschuldigen solcher Vergehungen zu beziehen, so daß z. B. der Ehebrecher und die Ehebrecherinn als Theilnehmer am Ehebruch zu bezeichnen sind.

Diese Beschränkung des Begriffs des Theilnehmers will freilich Bauer a. a. O. S. 412 nicht zugeben, indem er bemerkt: „Alle Arten von Verbrechen lassen eine Theilnahme Mehrerer zu; bei einigen ist dies sogar nothwendig, indem solche entweder ein gemeinschaftliches Mitwirken zweier Personen erfordern, z. B. der Zweikampf, Unzuchtsverbrechen, welche in einem Beischlafe bestehen, und die vollendete Bestechung; oder indem zu ihrem gesetzlichen Begriff eine Mehrheit erforderlich ist, z. B. der Aufruhr." Allein, fragt man den gemeinen, wie den wissenschaftlichen Sprachgebrauch, so wird man z. B. die Scortanten eben so wenig Theilnehmer eines Complotts, als Theilnehmer an einer Unzucht bezeichnen.

Doch, mag es sich in dieser Beziehung so oder anders verhalten, jedenfalls ergeben sich im Sinne des Str. G. B., des Pol. Str. G., der Str. Pr. O., und der Praxis der württemb. Gerichte folgende, neben einander bestehende, Begriffe von der Theilnahme und den Theilnehmern an einem Verbrechen:

1) Theilnehmer, im Gegensatze von Urheber, nach der Ueberschrift des Kap. 3 des Str. G. B.: „von Urhebern und Theilnehmern";
2) Theilnehmer, im Gegensatze von Begünstigern, nach Art. 107 des Pol. Str. G.;
3) Theilnehmer mit Inbegriff der Mitwisser, nach Art. 10. Ziff. 3 der provis. Str. Pr. O.;
4) Theilnehmer, im Gegensatze der Miturheber, Anstifter und Hauptgehülfen bei der That, im Sinne der württ. Praxis (zu Art. 339 und 404 des Str. G. B.); endlich
5) Theilnehmer, als gleichbedeutend mit Verbrechen, wie in der K. d. A. der Art. 178. Ziff. 6 (dessen Auslegung auch für die Meuterei, Art. 182, sehr wichtig ist) interpretirt wurde.

§. 3.

Als Hauptschuldige erscheinen bei der Theilnahme Mehrerer an einem Verbrechen der, oder die Urheber. Hiernach wird zum Begriffe des Urhebers erfordert, daß eine Mehrheit, wenn auch nur von zwei Personen, bei demselben Verbrechen betheiligt war. Mag dies auch an sich in diesem Begriffe nicht liegen, so ist es doch nach gemeinem und wissenschaftlichem Sprachgebrauche nicht üblich, bei einem nur von Einem verübten Verbrechen sich des Ausdrucks „Urheber" zu bedienen. Man nennt einen solchen entweder im Allgemeinen den Thäter, oder speciell: einen Räuber, Mörder rc., und kein Richter wird

ihn in seinem Urtheil als Urheber des — von ihm allein verübten — Raubes, Mordes ꝛc. bezeichnen, sondern sich dieses Ausdruckes nur da bedienen, wo noch mindestens ein anderer Theilnehmer, sey es als physischer Miturheber, oder als Anstifter, Gehülfe oder Begünstiger (nicht auch als bloßer Mitwisser) strafrechtlich in Betracht kommt, also nur da, wo es darauf ankommt, das Verhältniß eines Angeschuldigten zu einem andern oder zu mehreren Mitangeschuldigten zu bestimmen. Doch giebt es gewisse Verbrechen, bei welchen der Ausdruck „Urheber" selbst dann nicht gebräuchlich ist, wenn dabei dritte Personen als Anstifter, Gehülfen oder Begünstiger betheiligt seyn sollten. Dies sind die schon oben besprochenen Connivenz-Verbrechen, indem es hier nicht üblich ist, die Hauptschuldigen als Urheber z. B. eines Duells, eines Ehebruchs, einer Unzucht ꝛc., im Gegensatze anderer Theilnehmer, zu bezeichnen, so daß die Begriffe: Complottant, Theilnehmer und Urheber auf diese Art von Verbrechen (und vielleicht auch auf noch andere) nicht anwendbar sind.

Doch, dies ist nur ein untergeordneter Punkt. Die Hauptfrage ist die: was zum Begriff des Urhebers gehört, d. h. welche Merkmale zum Daseyn desselben, im Gegensatze anderer Arten von Theilnehmern, erfordert werden? Zu diesem Behuf wird es vorerst nöthig seyn, die verschiedenen, in der Doctrin angenommenen Arten der Urheber zu betrachten.

Nach der Doctrin zerfällt der Urheber 1) mit Rücksicht auf den subjectiven Grund der Strafbarkeit, in den dolosen und den culposen Urheber. Es kann aber auch Jemand zugleich doloser und culposer Urheber derselben That seyn, wie z. B. bei einer Tödtung aus culpa dolo determinata. 2) Mit Rücksicht auf die Art der Thätigkeit zur Hervorbringung des Verbrechens,

in den physischen und den psychischen (intellektuellen, moralischen) Urheber der That. Letzterer wird auch Anstifter, und in diesem Gegensatze jener „Thäter" genannt, wodurch der Begriff des physischen Urhebers im engeren Sinne entsteht. Diese Terminologie ist zwar nicht allgemein angenommen. Wenn aber der Ausdruck: intellektueller (jedenfalls besser: moralischer) Urheber jetzt gewöhnlich mit Anstifter vertauscht wird, so paßt dazu der bisherige Gegensatz „physischer Urheber" nicht mehr, und will man ihn nicht den angestifteten (physischen) Urheber nennen, so bleibt wohl nur der Ausdruck Thäter übrig. Hingegen bei der Beihülfe hat sich der alte Gegensatz von physischer und intellektueller Beihülfe, und physischen und intellektuellen Gehülfen (socii intellectuales) noch in der neuesten Doctrin erhalten, und es würde auch schwer halten, hiefür andere Terminologieen aufzustellen.

Diese Erörterungen scheinen nur einen Wortstreit zu betreffen; allein die weitere Entwickelung wird ergeben, daß dies nicht der Fall sey, indem in der Person des angestifteten physischen Urhebers (Thäters) nicht die gleichen Merkmale, wie in der Person des physischen Urhebers im engeren Sinne zutreffen, und deshalb ist es nöthig, sie dem Begriffe nach genau von einander zu unterscheiden, entweder durch den Gegensatz: Anstifter, angestifteter, und nicht angestifteter physischer Urheber, oder, was passender scheint: Anstifter, Thäter, und (physischer) Urheber im engeren Sinne, weil und so lange man den Gattungsbegriff Urheber (also im weiteren Sinne) für alle drei, und vielleicht noch mehr Subjecte beibehält.

Ferner 3) unterscheidet die Doctrin zwischen mehreren Urhebern und Miturhebern. Miturheber im Sinne des gemeinen Sprachgebrauchs ist derjenige Urheber, welcher gemeinschaftlich mit einem andern Urheber,

oder mit mehreren derselben, ein Verbrechen verübt hat, wie umgekehrt letztere im Verhältniß zu ihm, kurz jeder Urheber im Verhältniß zu einem andern Urheber derselben That, Miturheber genannt wird. In diesem Sinne sind z. B. auch diejenigen, welche durch gemeinschaftliches culposes Wirken eine unbeabsichtigte Tödtung begingen, Miturheber der That; eben so die mehreren Urheber eines vorsätzlichen Verbrechens, sie mögen complottirt, oder ohne Complott gehandelt haben, z. B. indem sie unabhängig von einander (also zufällig) auf dieselbe Person, als Gegenstand des beabsichtigten Raubes, stießen, und an ihr gemeinschaftlich den Raub verübten; desgleichen der Anstifter und der Thäter. Neuerdings will man indeß den Begriff des Miturhebers auf Complottanten, Anstifter und Thäter beschränken, also in den übrigen Fällen nur von „mehreren Urhebern" reden — man sieht aber nicht ein, aus welchem Grunde und zu welchem Zweck. Denn, wenn auch das Gesetz sagt: der Anstifter soll als Miturheber, und die Complottanten, welche auf irgend eine Art an der Ausführung des Verbrechens Theil genommen haben, sollen im Verhältniß zu einander als Miturheber angesehen und bestraft werden; so folgt daraus weder, daß es keine sonstigen Mit-Urheber, also nur „mehrere Urheber" gebe, noch liegt in dem Begriffe des Miturhebers in jenem (engeren) Sinne die ganz gleiche Strafbarkeit Aller, indem bei den (die Regel bildenden) relativen Strafgesetzen auf jeden Miturheber die allgemeinen ob- und subjectiven Zumessungsgründe der Strafe in Anwendung kommen, wonach ihre Strafe regelmäßig verschieden ausfallen wird.

Endlich 4) unterscheidet noch Feuerbach zwischen unmittelbaren und mittelbaren Urhebern, zu welchen letzteren er außer dem Anstifter (als direct mittelbarem Urheber) noch den Hauptgehülfen (als indirect mittelbaren Urheber) zählt. Dies ist aber logisch widersprechend.

Denn, wenn auch — was aber nicht einmal zugegeben werden kann — der Hauptgehülfe gleich strafbar mit dem Urheber ist, so folgt daraus nicht, daß sie auch dem Begriffe nach zusammenfallen. Wer wird überhaupt die Urheber in Urheber und Hauptgehülfen eintheilen?

§. 4.

Sieht man aber auch von diesem Mißgriffe Feuerbach's ab, hat man daher nur den dolosen und den culposen Urheber im engeren Sinne, den Anstifter und den Thäter, als Arten des Urhebers im weiteren Sinne (des Gattungsbegriffs) im Auge: so fragt es sich, welches die gemeinschaftlichen Merkmale dieser verschiedenen Arten der Urheber sind, um sie zu einer richtigen Begriffsbestimmung des Gattungsbegriffs benutzen zu können? Hier nimmt man vorerst wahr, daß diejenigen Rechtslehrer, welche sich mit dieser, allerdings schwierigen, Aufgabe befassen, ohne Weiteres den culposen Urheber ausscheiden, wie wenn derselbe gar nicht hieher gehörte. Dies dient freilich zur Erleichterung der Aufgabe. Allein dann sollte man nicht von einem „Gattungsbegriffe" des Urhebers reden; denn dieser, und die zu demselben gehörigen Merkmale müssen sich nach Regeln der Logik auf alle dazu gehörige Arten beziehen.

Indeß bemerkt Bauer a. a. O. S. 412 Anm.: „Beim Urheber eines culposen Verbrechens kann zwar von Richtung der Absicht (des Willens) und der Thätigkeit nicht die Rede seyn. So oft aber vom Urheber „in Beziehung auf Theilnahme", insbesondere von Anstiftung und Complott, so wie von Beihülfe und Begünstigung die Rede ist, wird durchaus eine vorsätzliche Mitwirkung vorausgesetzt". Man will also nicht sowohl den Gattungsbegriff des Urhebers, sondern diesen Begriff nur in soweit bestimmen, als derselbe die Möglichkeit ande-

rer Arten von strafbaren Theilnehmern zuläßt, was beim culposen Urheber nicht der Fall ist, weil es keine strafbare culpose Anstiftung, Beihülfe und Begünstigung giebt (§. 5).

Von diesem beschränkteren Standpunkte (d. h. des vorsätzlichen Urhebers) argumentirt man gewöhnlich so: die Theilnehmer an einem Verbrechen im weiteren Sinne, d. h. mit Inbegriff der Begünstiger, unterscheiden sich von einander durch die verschiedene Richtung ihres Willens (Absicht) und der dieser entsprechenden Thätigkeit, indem sie 1) entweder zur Hervorbringung des Verbrechens wirken, so daß zwischen ihrer Thätigkeit und dem verübten Verbrechen ein Causalzusammenhang besteht, vermöge dessen sie gemeinschaftlich als die Ursache der begangenen That anzusehen sind (Urheber und Gehülfen); oder 2) ihre Thätigkeit sich auf ein ohne ihre Mitwirkung verübtes Verbrechen bezieht (Begünstiger). In dieser Weise unterscheiden sich Urheber und Gehülfen auf der einen, und Begünstiger auf der andern Seite. Wenn aber gleich die erst genannten objectiv darin übereinkommen, daß sie zum Daseyn des Verbrechens mitgewirkt haben, so folgt daraus noch nicht, daß zwischen ihnen (wie Manche behaupten) kein weiterer Unterschied besteht. Vielmehr unterscheiden sie sich:

1) ganz bestimmt in subjectiver Hinsicht, d. h. durch die verschiedene Richtung ihres Willens (Absicht). Der Urheber beabsichtigt nämlich das Verbrechen für sich (in seinem unmittelbaren Interesse), und daher verübt er als physischer Urheber die das Wesen des Verbrechens ausmachende Handlung selbst, oder läßt sie, als Anstifter, durch einen Andern als sein Werkzeug verüben (quod quis per alium facit, id ipse fecisse videtur), während der Gehülfe nur das von einem Andern (dem Urheber) beabsichtigte Verbrechen befördern will, wobei es ihm also wenigstens gleichgültig seyn kann, ob

es von dem Urheber ausgeführt, oder nicht ausgeführt wird. Sodann

2) unterscheiden sie sich regelmäßig auch durch die Art und den Grad ihrer Mitwirkung, indem die Thätigkeit des Gehülfen zur Hervorbringung des Verbrechens viel geringer ist, als die des Urhebers. Doch kann dies nicht immer von dem Hauptgehülfen behauptet werden, dessen äußere Thätigkeit oft ganz dieselbe ist, wie die des Urhebers, z. B. wenn er zugleich mit diesem mordete, bei dem Stehlen Schränke erbrechen half rc. Aber auch dann unterscheidet er sich von dem Urheber immer noch in subjectiver Hinsicht, indem er zur Hervorbringung des Verbrechens nur für die Absicht Jenes mitgewirkt hat.

Hiernach, sagt Bauer a. a. O., ist unter mehreren Theilnehmern (doloser) Urheber derjenige, dessen Absicht und Thätigkeit auf Hervorbringung des Verbrechens selbst gerichtet war, Gehülfe dagegen derjenige, dessen Absicht und Thätigkeit nur auf Beförderung des von Jenem beabsichtigten Verbrechens gerichtet war.

Diese Deduction und die dadurch gewonnenen Resultate scheinen beim ersten Anblick vollkommen zu genügen, und entsprechen zugleich dem, was man sich allgemein unter den verschiedenen Arten der Theilnehmer, diese in ihrem Verhältniß zu einander betrachtet, zu denken pflegt; denn daß das Gesetz hier keine neuen Begriffe aufstellen wollte und konnte, sondern die des gemeinen Lebens und Bewußtseyns voraussetzt, bedarf keiner weiteren Ausführung. Hiernach gilt 1) als Urheber nur derjenige, welcher das Verbrechen für sich, in seinem unmittelbaren Interesse, beabsichtigt, was man neuerdings auch so ausdrückt: der Urheber ist sich selbst Zweck. Hingegen der *Gehülfe* beabsichtigt das Verbrechen nicht für sich, hat *kein unmittelbares* Interesse an der That, handelt daher ent-

weder ohne alles erkennbare Interesse, z. B. nur aus Dienstfertigkeit gegen den Urheber, oder hat jedenfalls nur ein mittelbares Interesse daran, z. B. weil ihm ein Lohn für seinen Beistand gegeben oder zugesichert wurde; kurz er ist nur Mittel für einen fremden Zweck, ein Unterstützungswerkzeug des Urhebers. Eben deshalb aber, weil der Entschluß zum Verbrechen nicht von ihm, sondern von dem Urheber ausging, dieser in der Regel auch ohne ihn das Verbrechen vollführt haben würde, und er zugleich (wenigstens in den meisten Fällen) der Verführte ist, erscheint der Gehülfe aus subjectiven Gründen minder strafbar als der Urheber, und man muß dem objectiven Maaßstabe ein unverhältnißmäßiges Uebergewicht einräumen, wenn gleichwohl nach Feuerbach der Hauptgehülfe überhaupt, oder nach einigen neuen Gesetzgebungen wenigstens der Hauptgehülfe bei der That, für im Allgemeinen gleich strafbar mit dem Urheber erklärt werden soll. Dies ließe sich nur rechtfertigen, wenn man Hauptgehülfen bei der That voraussetzt, die sich gewerbsmäßig zu solchen Hülfeleistungen hergeben, indem sie dann in ob- und subjectiver Hinsicht zugleich dem Urheber im Wesentlichen gleichstehen; wie ja auch gewerbsmäßige Begünstiger verhältnißmäßig weit schwerer als die gemeinen Begünstiger bestraft werden. Ferner 2) ergiebt sich hieraus die Wahrheit des Satzes, daß bei einem complottmäßig ausgeführten Verbrechen der sonst zwischen Urhebern, Gehülfen und Begünstigern bestehende Unterschied verschwindet, weil von den Complottanten jeder das Verbrechen für sich, in seinem unmittelbaren Interesse, beabsichtiget, es mithin nicht darauf ankommen kann, ob er vor, bei oder nach der That mitgewirkt hat, wenn nur die Mitwirkung in unmittelbarem Interesse an der That geschah, weshalb als Gehülfen und *Begünstiger nur dritte* Personen gedacht werden können,

welche das Complott als einen ihnen fremden Zweck, also als Nicht-Theilnehmer (Nicht-Mitglieder) desselben, unterstützten. Endlich 3) passen die oben entwickelten Merkmale und die darauf beruhende Begriffsbestimmung auch auf den intellektuellen Urheber (Anstifter). Denn auch dieser beabsichtigt das Verbrechen für sich, und bedient sich nur eines Andern als seines Werkzeuges, oder nach der modernen Ausdrucksweise: er legt seinen Willen in denselben hinein, überträgt seinen Willen auf ihn rc.

Gleichwohl sind damit, wenn (wie allgemein angenommen wird) unter dem Urheber auch der Anstifter und der von diesem Angestiftete (als physischer Urheber der That, Thäter) begriffen seyn sollen, die allgemeinen Merkmale des vorsätzlichen Urhebers, als Gattungsbegriffs, viel zu eng bestimmt, weshalb auch die darauf gebauete Begriffsbestimmung als zu eng verworfen werden muß.

Denn 1) soll als Anstifter nur derjenige gelten, welcher das Verbrechen für sich oder in seinem Interesse beabsichtigt, so müßte zu der allgemein angenommenen Begriffsbestimmung, daß Anstifter derjenige sey, welcher absichtlich den Willen eines Andern zur Begehung eines gegewissen Verbrechens bestimmt hat, oder, wie es auch heißt, welcher einen Andern vorsätzlich zu dem Entschlusse, ein gewisses Verbrechen zu begehen bewogen hat (wie beide Definitionen neben einander im Abs. 1 und 2 des Art. 74 des württ. Str. G. B. vorkommen), nothwendig das Merkmal: „für sich" oder „in seinem unmittelbaren Interesse" beigefügt werden, was sich aber nirgends ausgesprochen findet, noch, als sich von selbst verstehend, subintelligirt werden darf. Und wenn 2) sogar der Angestiftete (Thäter) nur dann als (physischer) Urheber des von ihm vollständig ausgeführten Verbrechens gelten soll,

wenn er die That für sich oder in seinem unmittelbaren Interesse ausführte (sich selbst Zweck war), so könnte er niemals, oder doch nur höchst selten als Urheber bestraft werden. Aber auch 3) der Begriff des Gehülfen, so wie derselbe oben entwickelt worden, wäre weder auf jenen, welcher in fremdem Interesse anstiftete, noch auf diesen, welcher in fremdem Interesse angestiftet wurde, anwendbar, so daß sie weder als Urheber, noch als Gehülfen, also gar nicht bestraft werden könnten. Denn, wenn a) der Anstifter nicht in seinem, sondern (was mitunter vorkommt) in fremdem Interesse, also entweder im Interesse des Angestifteten, oder eines Dritten, dem er damit einen Dienst zu erweisen glaubte, anstiftete, so passen auf ihn nicht die allgemeinen Merkmale des Gehülfen, d. h. einer bloßen Beförderung des von einem Andern beabsichtigten Verbrechens, also auch nicht die speciellen Merkmale der intellektuellen Beihülfe, d. h. der moralischen Unterstützung eines (hier gar nicht vorliegenden) fremden verbrecherischen Entschlusses; und umgekehrt b) kann auf den Angestifteten (Thäter), welcher — wie regelmäßig — nicht in seinem, sondern in fremdem Interesse das ganze Verbrechen verübte, der Begriff der (physischen) Beihülfe angewendet werden, weil unter dem Helfen nur ein Unterstützen verstanden wird, der Anstifter aber hier nicht bloß von dem Thäter unterstützt wird, sondern dieser sich des letzteren als seines alleinigen Werkzeugs zur Vollführung der That bedient, daher im Gegensatze von ihm der Gehülfe oben als bloßes Unterstützungs-Werkzeug des Urhebers bezeichnet wurde.

Beide Sätze, weil sie (zumal der erstere) bezweifelt werden können, verdienen näher beleuchtet zu werden.

Für den ersten Satz, d. h. die Anstiftung in fremdem Interesse, nehme man folgendes Beispiel. A wird vom B dringend um eine Unterstützung angesprochen, ist

aber nicht im Stande seinem Wunsche zu entsprechen. Dagegen giebt er ihm den Rath, bei dem reichen und geizigen Nachbar X., welcher gerade abwesend sey, durch das Hinterfenster einzusteigen, und den Schrank, in welchem dieser baares Geld liegen habe, aufzubrechen, oder unter Angabe des Orts, wo der Schlüssel gewöhnlich verborgen liege, aufzuschließen — dies Alles aus reinem Wohlthätigkeitstriebe, also weder aus Rache an dem Nachbar, noch aus Schadenfreude. B. befolgt den (speciellen und instructiven) Rath, findet Alles so vor, und entwendet dem X eine Summe Geldes. Hier hat eine Anstiftung lediglich im Interesse des Angestifteten selbst (des Thäters) statt gefunden. Oder man nehme den Fall in Heuser's Entscheidungen des Cr. Senats des Kasseler Oberapp.-Gerichts, Bd. 1. H. 2. (Kassel 1845) S. 527 fg., wo freilich nach Lage der Acten — also factisch — zweifelhaft war, ob Anstiftung oder nur intellektuelle Beihülfe (moralische Bestärkung des von dem Andern schon vorher gefaßten Beschlusses), also mit andern Worten, ob ein Anstifter und Thäter, oder ein Urheber (im engeren Sinn) und (intellektueller) Gehülfe anzunehmen sey, was aber als bloße Beweisfrage das Prinzip nicht berührt. Hier hatte der Procurator W. einem wegen strafbarer Selbsthülfe Angeklagten, welcher sich zuvor an ihn zur Besorgung einer gerichtlichen Klage um Schutz im Besitze gewandt hatte, den Rath ertheilt, dies nicht zu thun, weil er sich dadurch in die mißliche Lage eines Klägers versetze, sondern zur Erhaltung seines (angeblichen) Besitzes Privatgewalt anzuwenden, was auch der Angeschuldigte that — also wiederum eine Anstiftung im Interesse des Angestifteten selbst, ohne alles mittelbare und unmittelbare Interesse des Anstifters. Oder man setze den Fall: A, welcher weiß, daß X schon längst und dringend die Wegschaffung des B wünscht, stiftet ohne

dessen Auftrag den C an, den B Nachts auf ein Schiff zu bringen, und heimlich nach Amerika zu schaffen, was auch geschieht. Hier liegt eine Anstiftung weder im unmittelbaren Interesse des Anstifters, noch des Angestifteten, sondern einer dritten Person vor. Und so lassen sich der Fälle noch mehrere denken, wo der Anstifter weder als (intellektueller) Urheber, noch als (intellektueller) Gehülfe, also gar nicht gestraft werden könnte, wenn zum Gattungsbegriff des (vorsätzlichen) Urhebers ein unmittelbares Interesse an der That, eine Beabsichtigung derselben für sich, erfordert würde. Mit Recht nahm aber das Ober-Appell. Gericht zu Kassel in dem angeführten Falle keinen Anstand, die Frage aufzuwerfen: ob nach Lage der Acten in der Person des Procurator W. Anstiftung oder nur intellektuelle Beihülfe als erwiesen anzunehmen sey? Gerade beim Rath, durch welchen, wenn er speciell und instructiv ist (L. 51. §. 2, 3. D. 47. 2) und den Bestimmungsgrund zur Begehung der strafbaren Handlung enthielt, Jemand unzweifelhaft zum Anstifter werden kann (Bauer, Anmerk. zum Hannov. Str. G. Entwurf, Th. 1. S. 420), werden dergleichen Fälle öfter vorkommen. Daher enthalten auch alle neueren Gesetzgebungen bei der Begriffsbestimmung des Anstifters wohlweislich nicht das subjective Merkmal: „für sich" oder „in eignem unmittelbaren Interesse", was auch nicht subintelligirt werden darf, wenn nicht der Straflosigkeit ein freies Feld eröffnet werden soll.

Noch größer wäre bei dem zweiten Satze, nämlich dem Angestifteten (Thäter), der Freibrief der Straflosigkeit, wenn dieser als Urheber nur dann angesehen und bestraft werden könnte, wenn er die That für sich, in seinem unmittelbaren Interesse, verübte. Zwar könnte man sagen: wenn der Anstifter seinen Willen auf den Angestifteten überträgt, oder denselben in ihn hineinlegt (wobei man unwillkürlich an ein Insect erinnert wird,

welches seine Eier in einen fremden Körper hineinlegt, um sie dort ausbrüten zu lassen), so bekomme letzterer durch diesen Act „der Uebertragung" eben dieselbe Richtung des Willens (Absicht), die der Anstifter habe, verübe mithin das Verbrechen für sich, oder (modern ausgedrückt) sey sich selbst Zweck. Allein dergleichen dialectische Metamorphosen werden gewiß dem Juristen so wenig wie dem gesunden Verstande behagen. Man wird daher jene Phrasen nur bildlich zu nehmen haben, wie man dazu häufig bei dem dialectischen oder Selbstentwicklungs-Processe genöthigt wird, z. B. wenn ein Begriff den andern „zum Fenster hinauswirft", es also zu Thätlichkeiten unter ihnen kommt, wo das jus fortioris entscheidet; oder ein Begriff „sich überstürzt", also unwillkürlich Hals und Bein bricht; oder „sich aus sich selbst hinauswirft", gleichsam aus dem Fenster, also Hand an sich legt ꝛc. Allerdings kann nach dem Obigen der Fall vorkommen, daß das verübte Verbrechen im alleinigen Interesse des Thäters (Angestifteten) lag, oder es kann zufällig das gemeinschaftliche Interesse des Anstifters und Thäters zusammentreffen. Allein in der Mehrzahl der Fälle wird der Thäter das Verbrechen nicht für sich beabsichtigen und vollführen, sondern die Ausführung lediglich in fremdem Interesse vornehmen, und wenn er dies ohne unmittelbare Mitwirkung des Anstifters (der dann beides zugleich, Anstifter und physischer Miturheber wäre) thut, so kann er auch nicht bloß dessen Gehülfe seyn.

Was folgt hieraus? Daß entweder die Doctrin genöthigt ist, sich nach andern; und zwar allgemeineren Merkmalen umzusehen, welche auf alle Arten des dolosen Urhebers (auf den vorsätzlichen Urheber als Gattungsbegriff) passen; oder zugeben muß, daß Anstifter und Thäter nicht, wie bisher angenommen wurde, zu den Urhebern gehören, sondern nur dazu gehören können —

also regelmäßig einen Mittelbegriff zwischen Urheber und Gehülfen bilden, womit eine neue selbstständige Art der Theilnehmer indicirt wird, woran man bisher nicht gedacht zu haben scheint.

Das eine wie das andere kann man getrost der Doctrin überlassen, wenn sie glaubt, auf diesem Wege sich um den wahren Fortschritt des Strafrechts verdient zu machen. Wer dies bezweifelt, wird sich, unbekümmert um den Gattungsbegriff des Urhebers und dessen allgemeine Merkmale, an die verschiedenen, allgemein angenommenen Arten desselben halten, d. h. diese nach ihren specifischen Merkmalen unter einander und von andern Arten der Theinehmer unterscheiden, wie man sich bisher auch damit begnügt hat, die Begriffe von Vollendung und Versuch nur in Beziehung auf den physischen Urheber der That zu bestimmen, obgleich dieselben auch auf die Anstiftung, die Beihülfe und die Begünstigung anwendbar sind. Was wäre auch mit einem weiteren oder Gattungsbegriffe dieser Art gewonnen? Hiernach entsteht vielmehr die Frage:

1) Was heißt (physischer) culposer Urheber eines Verbrechens?
2) Was (physischer) vorsätzlicher Urheber desselben (Urheber im engeren Sinn), im Gegensatze der physischen Gehülfen und Begünstiger?
3) Was Anstifter, im Gegensatze des intellektuellen Gehülfen? und
4) Was Thäter (Angestifteter), im Gegensatze des physischen Gehülfen, namentlich des Hauptgehülfen bei der That?

Mit andern Worten: welche sub- und objective, oder subjective Merkmale allein, gehören zum Daseyn dieser verschiedenen Begriffe (Arten der Urheber), diese in ihren verschiedenen Gegensätzen aufgefaßt? Hat die

Doctrin diese Merkmale genügend entwickelt, so wird sie einer Begriffsbestimmung jenes Gattungsbegriffs wohl entbehren können, jedenfalls nicht in die Verlegenheit gerathen, die Begriffe von Urhebern und Gehülfen mit einander zu verwechseln, oder wohl gar den Anstifter und den Angestifteten (Thäter) regelmäßig für straflos zu erklären, und zugleich klar machen, mit welchen Schwierigkeiten die Aufstellung allgemeiner, d. h. auf alle Arten der Urheber (wenn auch nur der dolosen) passender Merkmale zu kämpfen habe.

§. 5.

Die erste Frage wäre demnach die: was heißt (physischer) culposer Urheber eines Verbrechens? Um diesen Begriff richtig zu bestimmen, muß man zunächst die Gegensätze desselben, also culpose Anstiftung, Beihülfe und Begünstigung, setzen. Daß diese gedacht werden können, also dem Begriffe nach nichts Widersprechendes darin liegt, kann schon darum nicht bezweifelt werden, weil sich daran civilrechtliche Folgen (Entschädigung des dadurch Verletzten) knüpfen können. Ja, wenn man die unmittelbare oder bewußte Fahrlässigkeit (in Verbindung mit dem Affecte) zu einem besonderen Schuldgrade unter dem neuen Namen *dolus indirectus* macht, so wäre nicht nur in diesen Fällen, sondern auch bei dem, von den Meisten geläugneten culposen Versuche, eine Bestrafung wegen bewußter Fahrlässigkeit (culpa lata) geboten. Denn diese soll ja nicht mehr zur culpa, sondern zum dolus gehören. Allein dieser neue Schuldgrad und die dadurch bewirkte Bereicherung des Umfangs des Strafgebiets wird in der Doctrin und Praxis schwerlich Anklang finden.

Daß Jemand, sey es culpa lata oder levi, einen Andern zur Verübung eines gewissen Verbrechens bestim-

men (also ihn anstiften), daß er ihm culpa lata oder levi Beistand zu einem Verbrechen leisten, endlich daß er ihn oder sein Verbrechen culpa lata oder levi begünstigen könne — wer wollte dies läugnen? Allein das gemeine Recht und die neuen Gesetzgebungen verlangen zur Strafbarkeit des Anstifters, des Gehülfen und des Begünstigers rechtswidrigen Vorsatz, oder verbrecherische Absicht (wenn auch nur dolus eventualis); und sollten dringende Gründe vorhanden seyn, gleichwohl die eine oder andere dieser Handlungen zu bestrafen, so geschieht dies in Form einer selbstständigen Polizeiübertretung, was freilich nach dem württembergischen Rechte, welches durch den, in dem Str. G. B. und Polizeistrafgesetze vorgenommenen willkürlichen Austausch von Verbrechen und Polizeiübertretungen alle innere Gränze zwischen beiden aufgehoben hat, nicht viel bedeuten will. Ein Beispiel bietet der, zur Ergänzung des Art. 343 von der Diebshehlerei dienende Art. 63 des Pol. Str. G. von Ankauf verdächtiger Waaren „unter Umständen, welche gegen den Veräußerer den dringenden Verdacht der rechtswidrigen Erwerbung erwecken mußten", was aber gesetzlich auf Entwendungen (also Diebstahl und Raub) und Unterschlagungen beschränkt ist, also nicht auch von Betrug, Wilderei, Jagdexcessen ꝛc. gilt, und zur Aushülfe in Fällen dienen wird, wo gegen den Käufer der dolus (Begünstigung) nicht erwiesen werden kann. So behalten sich auch die Polizeigesetze bei dem nicht-vollendeten Verbrechen (gewöhnlich Versuch genannt), zu dessen Strafbarkeit dolus erfordert wird, ausdrücklich vor, unvorsichtige Handlungen, welche glücklicherweise keinen schädlichen Erfolg hatten (z. B. Art. 39 des Pol. Str. G.: „Vergiftung aus Fahrlässigkeit" — freilich ein unpassender Ausdruck), als selbstständige Polizeivergehen mit Strafe zu bedrohen. Will man nun die Straflosigkeit, oder (genauer

ausgedrückt) die gerichtliche Straflosigkeit der culpa in allen diesen Fällen begriffsmäßig, d. h. aus dem Begriffe der Anstiftung, der Beihülfe, der Begünstigung und Versuchs deduciren, so muß man consequenterweise auch aus dem Begriffe des physischen Urhebers deduciren, daß es nur vorsätzliche physische Urheber (Urheber im engeren Sinne) geben könne.

Mit der (gerichtlichen) Straflosigkeit der culpa in jenen Fällen wird auch nur ausgedrückt, daß (gerichtliche) Untersuchung und Strafe wegfallen, wenn die Anstiftung, Beihülfe oder Begünstigung ihren Grund nur in einer unvorsichtigen (culposen) Handlungsweise eines Dritten hatten; nicht aber auch, daß bei einer Anstiftung, Beihülfe oder Begünstigung die culpa überhaupt nicht gestraft werden könne. Vielmehr nimmt die gemeinrechtliche Doctrin und Praxis an, daß bei einem Anstifter und Gehülfen, also dann wohl auch bei einem Begünstiger, eine ideale Concurrenz von *dolus* und *culpa* (culpa dolo determinata) möglich sey. Diese Frage kam auch in der württ. K. d. A. bei der Berathung über den jetzigen Art. 70 des Str. G. B. (wie der Anstifter zu beurtheilen sey, wenn der Thäter in modo oder in genere delicti excedirte?) zur Sprache. Dieser Artikel lautete nach dem Entwurfe so:

„Dem Anstifter eines Verbrechens ist jede von ihm nicht ausdrücklich ausgenommene That, welche als Mittel zur Ausführung des von ihm gewollten (beabsichtigten) Verbrechens nothwendig war, und jedes Verbrechen, welches als unvermeidliche Folge aus der von ihm beabsichtigten That entstanden ist, zuzurechnen". Die K. d. A., auf die Belehrung des 2ten Reg. Comissärs, daß hier etwas Singuläres, nämlich eine Zurechnung auch der culpa lata zum dolus gemeint sey, beschloß den Artikel zu streichen. Die 1ste K. wollte ihn

dagegen beibehalten, und die Staats-Reg. schlug zur Rettung desselben beiden K. folgende beschränktere Fassung vor:

„Demjenigen, welcher einen Andern durch Auftrag, Geben oder Versprechen eines Lohns (also nur in diesen, nicht auch in andern Fällen der Anstiftung) zur Begehung eines Verbrechens bestimmt, ist jede .... (wie oben) .... zuzurechnen (d. h. zum dolus zu imputiren), vorausgesetzt, daß der Anstifter die Umstände kannte, unter welchen jenes Mittel nothwendig und diese Folge nicht zu vermeiden war". Es sollte also, wie erläuternd die Reg. Commissäre in der K. d. A. bemerkten, eine praesumtio doli nur noch bei Anstiftungen durch Mandat und locatio conductio operarum eintreten, d. h. hier dem Richter der strenge Beweis des dolus eventualis erlassen werden. Allein die K. d. A. wollte auch in dieser Beschränkung nichts Anomales (keine Gleichstellung der culpa dolo determitata mit dem dolus), unterschied daher drei Fälle: 1) der Anstifter war erweislich in dolo eventuali, dann ist ihm, wie überhaupt (Art. 57), die ganze That gerade so zum dolus zuzurechnen, wie wenn er sie unmittelbar selbst vollführt hätte; 2) er ist, in Beziehung auf den schwereren Erfolg nur in culpa, indem er entweder über die Folgen oder Mittel im Irrthum war, oder nicht gehörig darüber reflectirte, sey es aus Leichtsinn oder in Folge einer gewissen Beschränktheit, oder weil zwischen dem Mittel und dem Erfolg ein schwer aufzufassender (?) Zusammenhang bestand: dann kann ihm der schwerere Erfolg nur zur culpa zugerechnet werden (culpa dolo determinata); endlich 3) wenn der schwerere Erfolg auf Ereignissen beruhte, welche von dem Mandanten oder Miether nicht vorhergesehen werden konnten, wie z. B. wenn bei einem aufgetragenen einfachen

Diebstahl der Thäter (Angestiftete) von dem Bestohlnen oder von einer dritten Person ergriffen wird, und diesen, sey es zur Erreichung seines Vorhabens oder um der drohenden Strafe zu entgehen, in rascher Aufwallung tödtet (Todtschlag, nach Art. 245 ausnahmsweise mit der Strafe des Mordes bedroht): dann kann dem Anstifter der schwerere Erfolg, als für ihn casuell, gar nicht imputirt werden. Mithin wäre die Todesstrafe in Verbindung mit der Strafe des Diebstahls (vgl. indeß Art. 118) nur gegen den Thäter zu erkennen; dem Anstifter träfe bloß die Strafe des einfachen Diebstahls.

Um nun auszudrücken, daß hier keine praesumtio doli gelten, mithin der dolus eventualis immer erwiesen seyn müsse, wenn die ganze That dem Anstifter zum dolus zugerechnet werden solle (weshalb man zu dem Worte „zuzurechnen" hinzufügte: „zum Vorsatze"), wurde in der K. d. A. die (auch beibehaltene) Fassung gewählt: „vorausgesetzt, daß der Anstifter die Nothwendigkeit jener Mittel erkannt, und die Unvermeidlichkeit der Folge vorausgesehen hat, — obgleich dies im Wesentlichen die gleiche Fassung ist, wie die von der Regierung vorgeschlagene: „vorausgesetzt .... war", durch eine *praesumtio doli* ausgedrückt werden sollte, und statt welcher der die K. d. A. den sich von selbst verstehenden Satz aussprach: war der Anstifter dolo eventuali, so ist ihm der schwerere Erfolg zum dolus eventualis zuzurechnen. Dabei vergaß man noch, die aus besonderen Gründen auf Mandat und Miethe beschränkte neue Fassung wieder auf die allgemeine Fassung des Entwurfs (vom Anstifter überhaupt) zurückzuführen, indem die besonderen Gründe, worauf jene beschränkte Fassung beruht (die praesumtio doli), von den K. verworfen *wurden*, so daß der Art. 76 jetzt gar nur den beschränkten *Sinn hat*: „war beim Mandat und bei der Miethe

der Anstifter in dolo eventuali, so ist ihm der schwerere Erfolg zum dolus eventualis zuzurechnen", was sich freilich abermals von selbst versteht. Endlich vergaß man, den Art. 179 vom Aufruhr, welcher nur eine Anwendung des Art. 76 im Sinne des Entwurfs ist, abzuändern, so daß hier die praesumtio doli stehen blieb; vgl. des Verf's. Staatsverbrechen ꝛc. S. 218.

Von einer Bestrafung des Anstifters auch wegen concurrirender *culpa* spricht zwar der Art. 76 nicht, indem er (wie schon bemerkt) nur ausdrücken will und soll, daß wenn der Anstifter erweislich in dolo eventuali war, ihm die ganze That des Thäters zum dolus (eventualis) zuzurechnen sey. Allein die bereits mitgetheilten Verhandlungen über diesen Artikel (Comment I. S. 553—558) ergeben, daß die Kammern und die Regierung bei dem Anstifter eine culpa d. d., als sich von selbst verstehend, annahmen. Versteht sich dies aber bei dem Anstifter von selbst, so wird es sich auch bei dem Gehülfen und dem Begünstiger von selbst verstehen.

Der Art. 86 spricht aber bei der Beihülfe das gerade Gegentheil aus, d. h. nimmt den Satz, daß culpose Beihülfe straflos sey, in dem Sinne, daß eben deshalb in der Person des (vorsätzlichen) Gehülfen auch concurrirende *culpa* nicht bestraft werden könne. Dieser Artikel wurde unverändert im Sinne des Entwurfs angenommen, woraus sich schließen läßt, daß der Entwurf auch in der Person des Anstifters eine Bestrafung wegen concurrirender *culpa* für rechtlich unzulässig hielt, sich aber, um diese Lücke auszufüllen, aus politischen Gründen durch eine — freilich noch zehnfach schlimmere — praesumtio doli zu helfen suchte. Denn auf die Anstifter, besonders bei politischen Vergehungen, hat es das *Str. G. B. ganz* besonders abgesehen. Anstiftung und

Complott sind hier wahre Schreckensbegriffe geworden. Der Art. 86 lautet so:

„Hatte sich der Gehülfe nur zur Beförderung eines geringeren Verbrechens, als das wirklich vollbrachte ist, anheischig gemacht, und hat sich auch seine Hülfeleistung innerhalb dieser Gränze gehalten: so ist die Strafe desselben im Verhältniß zu demjenigen Verbrechen auszumessen, auf welches seiner Absicht nach die Beihülfe gerichtet war". Ueber diesen Artikel enthalten die Motive nichts. In der K. d. A. wurde aber, gestützt auf die Ausführung v. Kapff's in dessen Vorträgen zu den landständischen Berathungen über den Entwurf ꝛc. Stuttg. 1833. S. 23 fg. geäußert: der Art. 86, sofern er auf der Regel beruhe, sey überflüssig. Es frage sich aber, ob die Regel, worauf er sich stütze, richtig sey. Denn der schwerere Erfolg, den freilich der Gehülfe nicht mit herbeizuführen beabsichtigt habe, könne ihm doch zur culpa zugerechnet werden, weil er durch seinen Beistand den Muth des Urhebers erhöht habe, und bei einiger Ueberlegung den schwereren Erfolg hätte voraussehen können und müssen. Die Argumentation fand aber, ungeachtet man kurz zuvor bei der Anstiftung eine Bestrafung wegen dolus und culpa zugleich angenommen hatte, keine Unterstützung. Man meinte, es sey doch zu hart, den Gehülfen, welcher z. B. nur zu einer Körperverletzung seinen Beistand zugesagt, und sich innerhalb dieser Gränze gehalten habe, als Mordgehülfen zu bestrafen, wenn der Urheber statt der Körperverletzung einen Mord verübte, und die K. wolle ja gerade alle Präsumtionen des dolus ausschließen. Allein von einer *praesumtio doli* handelt es sich hier ja nicht, sondern man hätte, wie oben bei dem Anstifter, dolus eventualis, culpa dolo determinata, und Nicht-Zurechnung des schwereren Erfolgs wegen reinen casus unterscheiden sollen. Nun steht zwar

nach Art. 57 der dolus eventualis überhaupt, also auch hier, dem dolus determinatus gleich; allein eine Concurrenz von dolus und culpa (culpa d. d.) läßt der Art. 86 nicht zu, freilich im Widerspruch mit dem Art. 76 vom Anstifter, bei welchem eine solche Concurrenz angenommen wurde.

So fehlt es dem Str. G. B. hier an allem festen Prinzipe. Denn der Satz, daß Anstiftung, Beihülfe und Begünstigung zu ihrer Strafbarkeit dolus voraussetzen, kann entweder den Sinn haben, daß ihr Grund nur nicht in einer bloß (wenn auch schwer) unvorsichtigen Handlungsweise liegen dürfe; oder daß eine Zurechnung zur culpa hier überhaupt niemals statt finde, also auch der vorsätzliche Anstifter, Gehülfe und Begünstiger nicht wegen (bei derselben Handlung, also ideell) concurrirender culpa gestraft werden dürfe. Stellt eine Gesetzgebung (wie es regelmäßig die neuen Str. G. B. thun) den Grundsatz: nulla poena sine lege auf, so wird man letzteres anzunehmen haben, so lange nicht in ihrer Person, wie in der des Urhebers (Art. 60, 246—47 rc.), die culpa dolo determinata bei gewissen Verbrechen ausdrücklich mit Strafe bedroht ist, weshalb die Voraussetzung der K. d. A. bei dem Art. 76 von der Anstiftung, zumal damit der Art. 86 von der Beihülfe im Widerspruch steht, für den Richter nicht maßgebend seyn kann; vgl. Art. 1 des Str. G. B. mit Art. 58 und 138.

Fällt die Bestrafung der Anstifter, Gehülfen und Begünstiger wegen (alleiniger oder concurrirender) culpa weg, so ist nur der physische Urheber, oder der Urheber im engeren Sinne, wegen (alleiniger oder concurrirender) culpa strafbar, und zwar auch nur bei denjenigen Verbrechen, die das Gesetz ausnahmsweise auch für den Fall der culpa mit Strafe bedroht hat

(Art. 58 und 138 des württ. Str. G. B.), und bei den s. g. materiellen Verbrechen, wie Tödtung, Körperverletzung, Brandstiftung ꝛc. unter der weiteren Voraussetzung eines eingetretenen rechtswidrigen Erfolgs, was bei formellen (durch die Handlung an sich consummirten) Verbrechen, z. B. leichtsinniger falscher Eidesableistung, unterlassener Anzeige einer Geburt (Art. 461) ꝛc., wegfällt. Hiernach wäre culposer (physischer) Urheber eines Verbrechens derjenige, in dessen fahrlässiger (also imputabler) Handlungsweise die zureichende Ursache des eingetretenen rechtswidrigen Erfolgs, oder überhaupt der Gesetzesübertretung liegt. Denn von einer besonderen Richtung des Willens und der Wirksamkeit kann hier nicht die Rede seyn, und wegen des mangelnden Gegensatzes einer strafbaren culposen Anstiftung, Beihülfe und Begünstigung gehört dieser Begriff überhaupt nicht eigentlich in die Lehre von der Theilnahme an einem Verbrechen. Zwar können culpose Miturheber derselben That gedacht werden. Allein nach dem Obigen soll hier nicht einmal der Begriff der Miturheberschaft seine Anwendung finden.

Der zweite zu bestimmende Begriff wäre der des (physischen) vorsätzlichen Urhebers oder des Urhebers im engeren Sinne, im Gegensatz der physischen Gehülfen und Begünstiger. Hierunter ist nach der obigen (§. 4), in diesem Gegensatze richtigen Ausführung derjenige zu verstehen, welcher das Verbrechen für sich beabsichtigt und ausführt, während der physische Gehülfe nur Mittel oder Werkzeug für fremde Zwecke, oder genauer ausgedrückt, bloßes Unterstützungs-Werkzeug des Urhebers ist. Denn nach dem Obigen ist — wenigstens regelmäßig — auch der Thäter (der Angestiftete) nur Mittel oder Werkzeug für

fremde Zwecke. Aber der Gehülfe unterstützt nur den Urheber bei der Begehung des Verbrechens, weshalb dieser immer als mitwirkend gedacht werden muß. Daher dürften die Merkmale: „und (für sich) ausführt" in der Begriffsbestimmung des Urhebers im engeren Sinne nicht fehlen. Dadurch wird der Gegensatz zwischen dem Urheber und (physischen) Gehülfen auf der einen, und dem Anstifter und Thäter auf der andern Seite bestimmt.

Der dritte zu bestimmende Begriff wäre demnach der des intellektuellen Urhebers (Anstifters), im Gegensatze des Thäters, d. h. dessen, welcher das Verbrechen allein, oder doch nur unter Mitwirkung von Gehülfen, jedenfalls ohne Mitwirkung des Anstifters vollführte. Zwar kann auch letzterer an der Ausführung des von ihm angestifteten Verbrechens unmittelbar Theil nehmen. Allein dann besteht nicht mehr der reine Gegensatz zwischen Anstifter und Thäter, sondern der des Anstifters und Urhebers (im engeren Sinne), und des Thäters (Angestifteter) und Gehülfen zugleich. Anstifter ist hiernach derjenige, welcher absichtlich, sey es in eignem oder in fremdem Interesse (§. 4.), den Willen eines Andern zur Begehung eines gewissen Verbrechens bestimmt hat, ohne an der Ausführung desselben unmittelbar Theil zu nehmen; während der intellektuelle Gehülfe nur den schon Entschlossenen absichtlich in seinem verbrecherischen Vorhaben bestärkt oder befestigt. Da indeß die Gesetze zur Strafbarkeit des Anstifters erfordern, daß der von ihm Angestiftete bereits, und zwar auf eine strafbare Weise, für die Ausführung des Verbrechens thätig gewesen sey (sonst liegt auch in seiner Person nur straflose Vorbereitungshandlung vor, vgl. Abhdl. IV. dieses Jahrg.

S. 125 fg.): so bedarf es für den gesetzlichen Begriff des Anstifters noch eines Zusatzes in dieser Richtung. Hiernach wäre strafbarer Anstifter (Anstifter im gesetzlichen Sinne) derjenige, welcher absichtlich, sey es in eignem oder fremdem Interesse, den Willen eines Andern zur Begehung eines gewissen Verbrechens bestimmt hat, und durch diesen in strafgesetzwidriger Weise bereits hat ausführen lassen, ohne unmittelbar selbst an der Ausführung Theil zu nehmen. Geht er darüber hinaus, dann ist er nicht mehr bloß Anstifter, sondern Anstifter und Urheber im engeren Sinne zugleich.

Als Thäter (Angestifteter) wäre hiernach derjenige zu bezeichnen, welcher das angestiftete Verbrechen, sey es in fremdem oder in eignem Interesse, ohne Mitwirkung des Anstifters (also regelmäßig allein, oder nur unter Beiziehung von Gehülfen, oder Mit-Thäter), in strafgesetzwidriger Weise ausführte (vollendete oder versuchte). In jenem Falle, d. h. der Ausführung des Verbrechens in fremdem Interesse, ist er, gleich dem physischen Gehülfen, nur Mittel oder Werkzeug für fremde Zwecke; aber er ist mehr als bloßer Gehülfe, weil er nicht bloß zu dem Verbrechen hilft, sondern das ganze Verbrechen vollführt; kurz er ist alleiniges, ganzes oder volles Werkzeug des Anstifters, jener hingegen nur Unterstützungs-Werkzeug des Urhebers im engeren Sinne. Subjectiv sind ihre Merkmale gleich, sofern sie das Verbrechen weder beschlossen haben, noch für sich beabsichtigen; aber objectiv sind ihre Merkmale verschieden. Doch besteht auch in subjectiver Hinsicht zwischen beiden der Unterschied, daß das sich Hergeben zum vollen verbrecherischen Werkzeuge eines Andern eine schlechtere Gesinnung verräth, als ein bloßes verbrecherisches Unterstützen. In dem zweiten Falle dagegen, d. h. der Ausführung des angestifteten Ver-

brechens in eignem Interesse (§. 4.), finden sich in ihm alle Merkmale eines Urhebers im engeren Sinne, im Gegensatze der Gehülfen und Begünstiger vereinigt. Denn, wenn gleich von einem Andern angestiftet, so beabsichtigt und vollführt er doch das Verbrechen für sich. Dennoch aber ist er nicht als Urheber im engeren Sinne, sondern als Thäter (Angestifteter) zu betrachten, theils weil ihm gegenüber ein strafbarer Anstifter steht, theils weil sein Entschluß, das Verbrechen für sich zu begehen, nicht ursprünglich von ihm, sondern von einem Andern ausging.

So steht der Thäter subjectiv bald dem Gehülfen des Urhebers im engeren Sinne nahe, bald bildet er subjectiv den geraden Gegensatz von demselben, und vereinigt alle sub- und objectiven Merkmale eines Urhebers im engeren Sinne in sich, ohne aber aufzuhören eine besondere Art von Urhebern (des Gattungsbegriffs) zu seyn.

Mit dieser Entwickelung der verschiedenen Arten der Urheber, jede für sich genommen, und in ihren verschiedenen Gegensätzen aufgefaßt, dürfte der Rechtswissenschaft mehr Nutzen gewährt werden, als durch das Aufsuchen abstracter Merkmale für den Gattungsbegriff des Urhebers, die man auch seither nicht aufzufinden vermochte. Dabei braucht übrigens der Verf. nicht erst zu versichern, daß er weit davon entfernt sey, seine Ansicht für ganz gelungen auszugeben; aber der eingeschlagene Weg scheint ihm für Doctrin und Praxis der richtige zu seyn.

XI.

Bestimmung der Wahrscheinlichkeit der Urtheile überhaupt und der in Criminal- und Civilprozessen insbesondere.

Von
Herrn Dr. Schnuse
in Aachen.

Ein Angeklagter, welcher seine Richter, ihre Stimmung für oder wider ihn, das Instructionsverfahren und die Art und Weise, wie sie ihre Stimme abgeben, durchaus nicht kennt, wird es dennoch nicht als gleichgültig betrachten, ob er vor ein Tribunal von 3 Richtern, welches bei einer Stimmenmehrheit von 2 gegen 1, oder von einem Tribunale von 7 Richtern, welches bei einer kleinsten Stimmenmehrheit von 4 gegen 3 urtheilt, gestellt wird; und schon hieraus sieht man, daß die Beschaffenheit der Urtheile hinsichtlich ihrer Richtigkeit oder Unrichtigkeit wesentlich von rein arithmetischen Bestimmungen in Beziehung auf die Anzahl der Richter, woraus das Tribunal besteht, und die kleinste Stimmenmehrheit, bei welcher es urtheilt, abhängig ist. Auch muß dieser constante Einfluß der arithmeti-

schen Constitution der Tribunale oder der Gerichte überhaupt bei einer großen Anzahl von Entscheidungen zuletzt über die veränderlichen Einflüsse, welche von der besondern Beschaffenheit jeder einzelnen Prozeßsache und jedes einzelnen Richters abhängig sind, das Uebergewicht bekommen, so daß also die Bestimmung der Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Entscheidungen nach der Stimmenmehrheit wesentlich der Wahrscheinlichkeitsrechnung anheimfällt, welche sich aber, wie bereits früher in diesem Archive*) näher erörtert ist, nicht mit einem einzelnen Falle, sondern mit dem Allgemeinen beschäftigt und dabei die nothwendigen Data aus der Beobachtung entlehnt. — Da eine nähere Kenntniß des hier in Rede stehenden Gegenstandes für jeden Juristen und Staatsmann bei den gegenwärtigen socialen Bestrebungen von hoher Wichtigkeit ist, so wollen wir jetzt mit Bezugnahme auf das bereits früher Mitgetheilte eine elementare mathematische Theorie der Wahrscheinlichkeit der Urtheile entwickeln, welche jedem verständlich seyn muß, der auch nur die ersten Grundlehren der Arithmetik und Algebra kennt, und zwar zunächst ganz im Allgemeinen und dann in Beziehung auf Civil= und Criminalprozesse insbesondere.

Um die Begriffe zu fixiren, wollen wir annehmen, daß ein Landbewohner die Gewohnheit habe, jeden Abend beim Untergange der Sonne das Wetter für den folgenden Tag vorherzusagen und aus einem darüber gehaltenen Register sich ergebe, daß sich von einer sehr großen Anzahl m solcher Vorhersagungen n bestätigt haben; so drückt $\frac{n}{m} = v$ die Wahrscheinlichkeit aus, daß eine neue Vorhersagung desselben Beobachters sich bestätigen wird. Denken wir uns einen zweiten Beobachter B, welcher jeden Abend dieselbe Vorhersagung macht als der erste A, be=

*) Jahrg. 1841, 1. u. 3. Stück, Nr. III u. XIII.

zeichnet v' dieselbe Wahrscheinlichkeit für B, wie v für A, und nehmen wir endlich an, daß die Ursachen, welche auf die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Urtheiles von A Einfluß haben, völlig unabhängig sind von denen, welche auf das Urtheil von B influiren; so wird 1) die Wahrscheinlichkeit p, daß beide Beobachter in ihrem Urtheile übereinstimmen, sie mögen übrigens beide richtig, oder beide falsch urtheilen, nach dem früher in diesem Archive Gesagten offenbar ausgedrückt durch:

$$p = vv' + (1-v)(1-v') = 1-(v+v') + 2vv', \quad (1)$$

2) die Wahrscheinlichkeit q zweier entgegengesetzten Urtheile durch:

$$q = v(1-v') + v'(1-v) = v + v' - 2vv' = 1-p.$$

3) die Wahrscheinlichkeit V, daß sich ein übereinstimmendes Urtheil beider Beobachter bestätigen wird, durch:

$$V = \frac{vv'}{vv' + (1-v)(1-v')}$$

und 4) die Wahrscheinlichkeit V', daß sich das Urtheil von A bestätigt, wenn das von B entgegengesetzt lautet, durch:

$$V' = \frac{v(1-v')}{v(1-v') + v'(1-v)}.$$

D. h. wenn man die Register beider Beobachter wirklich mit einander vergleicht, so wird man bei einer sehr großen Anzahl N gleichzeitiger Beobachtungen nahezu eine Anzahl:

$$pN = [vv' + (1-v)(1-v')]N$$

übereinstimmender Urtheile oder Vorhersagungen finden, wovon sich eine Anzahl:

$$\frac{vv'}{vv' + (1-v)(1-v')} \cdot N$$

bestätigt haben; 2c. 2c.

In dem gewählten Beispiele hat man für die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Urtheiles jedes Beobachters ein untrügliches Kriterium, nämlich die directe Beobachtung des fraglichen Ereignisses selbst; aber in vielen Fällen gibt es ein solches Kriterium nicht, und kann es der Natur der Sache nach nicht geben. Wenn z. B. ein Arzt einem Kranken eine Arznei verordnet, so gibt es zur Beurtheilung der Richtigkeit oder Unrichtigkeit seines Urtheiles kein unfehlbares Kriterium; denn der Kranke kann bei der wirklich besten Behandlung sterben und auch bei einer verkehrten Behandlung genesen. Wenn aber bei jedem einzelnen von sehr vielen Krankheitsfällen zwei Aerzte A und B ihr Urtheil abgeben und es wird ein Register darüber gehalten, so ergibt sich daraus, wieviel mal ihr Urtheil übereinstimmend, oder entgegengesetzt gewesen ist, und man hat folglich einen nahezu genauen Werth der Zahl p in der obigen Gleichung (1), welche alsdann eine Bedingungsgleichung ist, der die Zahlen v und v', obgleich sie sich nicht direct bestimmen lassen, doch genügen müssen, vorausgesetzt, daß die Ursachen, welche auf die Richtigkeit oder Unrichtigkeit des Urtheiles von A Einfluß haben, ganz unabhängig sind von denen, welche B zu einem richtigen oder falschen Urtheile bestimmen.

Wir wollen nun das erste Erläuterungsbeispiel wieder betrachten, und annehmen, daß 3 Beobachter A, B, C jeden Abend das Wetter für den folgenden Tag vorhersagen, und v'' bezeichne für C dasselbe, was v, v' für A, B bedeuten; so können die Urtheile oder Vorhersagungen von A, B, C übereinstimmen, oder das von A ist denen von B und C entgegengesetzt, oder das von B widerspricht denen von A und C, oder endlich das von C steht mit denen von A und B im Widerspruche. Bezeichnen wir die Wahrscheinlichkeiten dieser 4 Combina-

tionen resp. mit p, a, b, c, so haben wir die folgenden 4 Bedingungsgleichungen:

$$\left.\begin{aligned} p &= 1-(v+v'+v'')+vv'+vv''+v'v'', \\ a &= v\,(1-v'-v'')+v'v'', \\ b &= v'\,(1-v-v'')+vv'', \\ c &= v''(1-v-v')+vv'. \end{aligned}\right\} \quad (2)$$

Wenn man bei einer langen Reihe von Versuchen die Werthe von v, v', v'', p, a, b, c durch directe Beobachtungen bestimmt, so müssen sie den Bedingungsgleichungen (2) nahezu genügen, und wenn die Abweichungen zu groß sind, als daß sie den Anomalien des Zufalles zugeschrieben werden könnten; so ist dieses ein Beweis, daß die gemachte Voraussetzung hinsichtlich der Unabhängigkeit der Ursachen des Irrens für die drei Beobachter nicht stattfindet.

Wenn man dagegen die Zahlen v, v', v'' nicht direct bestimmen kann, so kann man sie doch nach den beobachteten Werthen von p, a, b, c vermittelst drei der Gleichungen (2) indirect bestimmen, da die vierte dieser Gleichungen wegen der Relation:

$$p+a+b+c=1$$

auf eine der andern nothwendig zurückkommt.

Wegen der Symmetrie wollen wir zur Bestimmung von v, v', v'' die drei letzten der Gleichungen (2) nehmen, und setzen:

$$v = \tfrac{1}{2}+z,\; v' = \tfrac{1}{2}+z',\; v'' = \tfrac{1}{2}+z'',$$
$$a-\tfrac{1}{4} = \alpha,\; b-\tfrac{1}{4} = \beta,\; c-\tfrac{1}{4} = \gamma,$$

so verwandeln sich diese Gleichungen in folgende:

$$\alpha = z'z''-zz'-zz'',$$
$$\beta = zz''-zz'-z'z'',$$
$$\gamma = zz'-zz''-z'z'',$$

woraus folgt:

$$\left.\begin{aligned} z'z'' &= -\frac{\beta+\gamma}{2}, \\ zz'' &= -\frac{\alpha+\gamma}{2}, \\ zz' &= -\frac{\alpha+\beta}{2}, \end{aligned}\right\} \quad (3)$$

und mithin:

$$v = \frac{1}{2} \pm \sqrt{\frac{(a+b-\frac{1}{2})(a+c-\frac{1}{2})}{1-2(b+c)}},$$

$$v' = \frac{1}{2} \pm \sqrt{\frac{(a+b-\frac{1}{2})(b+c-\frac{1}{2})}{1-2(a+c)}},$$

$$v'' = \frac{1}{2} \pm \sqrt{\frac{(a+c-\frac{1}{2})(b+c-\frac{1}{2})}{1-2(a+b)}}.$$

Damit die Werthe von v, v', v'' reell sind, müssen die drei Größen:

$$a+b-\frac{1}{2},\ a+c-\frac{1}{2},\ b+c-\frac{1}{2} \qquad (m)$$

alle negativ, oder zwei positiv und die dritte negativ seyn, und damit die Werthe von v, v', v'' zwischen 0 und 1 bleiben, muß der Zahlenwerth jeder der drei Größen (m) kleiner als $\frac{1}{2}$ seyn. Diese letzte Bedingung wird aber offenbar erfüllt, wenn man hat:

$$a+b<1,\ a+c<1,\ b+c<1.$$

Wenn die durch die Beobachtung erhaltenen Werthe von a, b, c diesen verschiedenen Bedingungen nicht genügen, so ist dieses ein Beweis, daß die vorausgesetzte Unabhängigkeit der Ursachen des Irrthumes der einzelnen Beobachter nicht stattfindet.

Wegen des doppelten Zeichens der Wurzelgrößen haben v, v', v'' zwei verschiedene Werthe, welche aber nicht beliebig mit einander verbunden werden dürfen; denn nach der vorhin in Beziehung auf die Zeichen der Größen (m) gemachten Bemerkung müssen die drei Producte:

$$zz',\ zz'',\ z'z'' \qquad (n)$$

positiv, oder zwei positiv und das dritte negativ seyn. Wenn sie alle drei positiv angenommen werden, so müssen die Größen z, z', z'' alle drei positiv, oder alle drei negativ genommen werden, und wenn man in Beziehung auf die Größen (m) oder (n) eine andere Voraussetzung macht; so ergibt sich, daß jeder nur zwei Voraussetzungen über die Zeichen der Größen z, z', z'' oder zwei Systeme von Werthen für die Unbekannten v, v', v'' entsprechen.

Das Vorhergehende ist unmittelbar auf Tribunale anwendbar, welche, wie die meisten Tribunale erster Instanz in Frankreich, aus 3 Richtern bestehen. Denn wenn bei einer großen Anzahl von Prozessen die Urtheile der einzelnen Richter notirt würden, so ergäben sich aus den auf diese Weise erhaltenen Registern die Zahlen a, b, c, woraus sich nach den vorhergehenden Formeln die Werthe von v, v', v'' berechnen ließen, welche man nicht direct würde bestimmen können, weil die Richtigkeit oder Unrichtigkeit der Urtheile eines Tribunales nur durch ein anderes Tribunal, welches selbst dem Irrthume unterworfen ist, controlirt werden kann.

Die Rechnung würde zwar für v, v', v'' zwei Systeme von Werthen geben, allein in den meisten Fällen würde eins derselben a priori unzulässig seyn, so daß jede Zweideutigkeit hinwegfiele. Wenn z. B. die Werthe von v, v', v'' in dem ersten Systeme alle größer und in dem zweiten alle kleiner als $1/2$ wären, so wäre offenbar das erste System allein zulässig, weil man nicht annehmen kann, daß bei einem Tribunale, welches aus 3 Richtern besteht, jeder dieser Richter öfter falsch als richtig urtheilt, und die Rechnung gäbe also die Werthe von v, v', v'' auf einem indirecten Wege ebenso zuverlässig, als sie die directe Beobachtung geben könnte, wenn es für die Beur-

theilung der Richtigkeit oder Unrichtigkeit dieser Urtheile ein untrügliches Kriterium gäbe.

Es ist aber wohl zu bemerken, daß alle diese Folgerungen auf der Voraussetzung der gegenseitigen Unabhängigkeit der Ursachen des Irrthumes der einzelnen Richter beruhen, so daß sich die Fälle, wo sich einer der Richter irret, auf gleiche Weise mit den Fällen verbinden können, wo ein anderer Richter die Wahrheit oder Unwahrheit trifft. Die Berechnung der Werthe von v, v', v'' selbst lehrt jedoch oft, daß diese Hypothese unzulässig ist, indem sie für v, v', v'' imaginäre, negative, oder größere Werthe als die Einheit gibt, und in dem entgegengesetzten Falle sind die für v, v', v'' gefundenen Werthe wenigstens Grenzen, unter welche die wahren Werthe von v, v', v'' nothwendig fallen müssen, wie wir später näher sehen werden.

Wenn es a priori gewiß wäre, daß $v = v' = v''$, d. h. daß die Wahrscheinlichkeit des Irrthumes für alle drei Richter dieselbe wäre, so gäbe die erste der Gleichungen (2), wenn man darin $v = v' = v''$ setzt:

$$v = 1/2 + 1/2 \sqrt{\frac{4p - 1}{3}}, \qquad (4)$$

wenn man den Werth von v, welcher kleiner als $1/2$ ist, unberücksichtigt läßt. In dieser Voraussetzung braucht man also nur das Verhältniß p der Anzahl der bei der Einstimmigkeit der 3 Richter ausgesprochenen Urtheile zur Anzahl aller Urtheile zu kennen. Dieses Verhältniß, dessen Bestimmung in der Praxis durchaus keine Schwierigkeit hat, müßte größer als $1/4$ sein, weil sonst der Werth von v imaginär würde, in welchem Falle wenigstens eine der gemachten Voraussetzungen, nämlich die gegenseitige Unabhängigkeit der Ursachen des Irrens und die Gleichheit der Wahrscheinlichkeit des Irrens der Richter

unstatthaft wäre. — Obgleich diese letzte Hypothese willkürlich und im Allgemeinen auch unzulässig ist, so ist doch leicht einzusehen, daß der Werth (4) nahezu als ein Mittel aus den Werthen von v, v', v'' betrachtet werden kann, wenigstens wenn die Unterschiede zwischen diesen Werthen nicht sehr merklich sind. Wir wollen z. B. $v = 0,6$, $v' = 0,7$, $v'' = 0,8$ setzen, so daß das Mittel $= 0,7$ und $p = 0,36$ ist. Wird dieser Werth von p in den Ausdruck (4) substituirt, so ergibt sich $v = 0,692$, welcher Werth um weniger als $1/_{125}$ von dem wahren Mittel verschieden ist.

Es wäre ohne Zweifel sehr interessant, für jedes aus permanenten Richtern bestehende Tribunal einen solchen Näherungswerth des Mittels der Wahrscheinlichkeiten eines richtigen oder falschen Urtheiles für alle Richter zu kennen, so wie es zu wünschen wäre, daß für jedes Tribunal dieser Art das Verhältniß der Anzahl der bei der Einstimmigkeit der Richter gefällten Urtheile zur Gesammtanzahl der Urtheile von 10 zu 10 Jahren bekannt gemacht würde.

Es ist übrigens zu bemerken, daß der Werth (4) und alle analogen Werthe, wobei die Gleichheit der Wahrscheinlichkeiten des Irrens der Richter angenommen ist, wirklich anwendbar würden, wenn das Tribunal nicht aus permanenten Richtern, sondern aus Richtern bestände, welche wechselten und zufällig aus einer großen Anzahl von Rechtsgelehrten genommen würden. Denn alsdann wäre v das Mittel zwischen den wahren Werthen von v für alle successive gewählten Richter, so daß, wenn n_1, n_2, n_3, ... resp. die Anzahlen der Personen bezeichnen, für welche v resp. die Werthe v_1, v_2, v_3, ... hat, man hätte:

$$v = \frac{n_1 v_1 + n_2 v_2 + n_3 v_3 + \ldots}{n_1 + n_2 + n_3 + \ldots}.$$

Die Wahrscheinlichkeit, daß ein aus 3 Richtern bestehendes Tribunal bei der Einstimmigkeit der Richter

ein richtiges Urtheil fällt, ist $= vv'v''$, und die Wahrscheinlichkeit, daß dasselbe Tribunal bei der einfachen Stimmenmehrheit richtig urtheilt, wird ausgedrückt durch:

$$(1-v)\,v'v'' + (1-v')\,vv'' + (1-v'')\,vv'.$$

Bezeichnet also V die Wahrscheinlichkeit, daß das Tribunal bei der einfachen Stimmenmehrheit, oder bei der Einstimmigkeit ein richtiges Urtheil fällt, so hat man:

$$V = vv' + vv'' + v'v'' - 2vv'v''; \quad (5)$$

d. h. das Tribunal bildet eine moralische Person, für welche V dasselbe bezeichnet, wie v, v', v'' für die drei einzelnen Richter.

Zwischen den Zahlen v, v', v'' müßten immer solche Verhältnisse stattfinden, daß der durch die Gleichung (5) gegebene Werth von V größer wäre, als jede dieser Zahlen; denn wenn z. B. V kleiner als v wäre, so wäre es unzweckmäßig, dem ersten Richter A noch die beiden andern Richter beizufügen, weil dadurch die Wahrscheinlichkeit eines richtigen Urtheiles vermindert würde. Wenn man aber die Gleichung (5) auf folgende Form bringt:

$$V = v\,(v' + v'') - (2v - 1)\,v'v'',$$

so sieht man, daß nothwendig $V < v$ ist, wenn man zu gleicher Zeit setzt:

$$v' + v'' < 1, \; v > 1/2;$$

aber in dem wahrscheinlichsten Falle, wo jede der drei Zahlen v, v', v'' größer als $1/2$ ist, übersteigt V nothwendig die größte dieser Zahlen.

Um wenigstens im Allgemeinen den Gang der Rechnung anzudeuten, wollen wir noch den Fall betrachten, wo das Tribunal aus 4 Richtern A, B, C, D besteht, und mit v, v', v'', v''' resp. die Wahrscheinlichkeiten des richtigen Urtheilens der einzelnen Richter bezeichnen. Ferner sei a das Verhältniß der Anzahl von Malen, wo

A mit seinem Urtheile nach der Beobachtung vieler Fälle allein stand, zur Anzahl aller Urtheile des Tribunales, und b, c, d seyen die analogen Verhältnisse für die Richter B, C, D; so hat man zur Bestimmung der 4 Unbekannten v, v', v'', v''' die 4 Gleichungen:

$$
\begin{aligned}
a &= (1-v)\,v'\,v''\,v''' + v\,(1-v')\,(1-v'')\,(1-v'''),\\
b &= (1-v')\,v\,v''\,v''' + v'\,(1-v)\,(1-v'')\,(1-v'''),\\
c &= (1-v'')\,v\,v'\,v''' + v''\,(1-v)\,(1-v')\,(1-v'''),\\
d &= (1-v''')\,v\,v'\,v'' + v'''\,(1-v)\,(1-v')\,(1-v'').
\end{aligned}
$$

Setzt man nun:

$$
\begin{aligned}
&v = 1/_2 + z, \quad v' = 1/_2 + z',\\
&v'' = 1/_2 + z'', \quad v''' = 1/_2 + z''',\\
&2a - 1/_4 = \alpha, \quad 2b - 1/_4 = \beta,\\
&2c - 1/_4 = \gamma, \quad 2d - 1/_4 = \delta,
\end{aligned}
$$

so erhält man:

$$
\left.
\begin{aligned}
\alpha+\beta &= 2(z''\,z''' - z\,z') - 8zz'.z''\,z'''\\
\gamma+\delta &= 2(z\,z' - z''\,z''') - 8zz'.z''\,z'''
\end{aligned}
\right\}, \qquad (6)
$$

woraus folgt:

$$
\begin{aligned}
8zz' &= \gamma + \delta - (\alpha + \beta)\\
&\quad \pm \sqrt{[\alpha+\beta-(\gamma+\delta)]^2 - 4(\alpha+\beta+\gamma+\delta)},\\
8z''\,z''' &= \alpha + \beta - (\gamma + \delta)\\
&\quad \pm \sqrt{[\alpha+\beta-(\gamma+\delta)]^2 - 4(\alpha+\beta+\gamma+\delta)}.
\end{aligned}
$$

Die Producte:

$$8zz'',\ 8z'z''',\ 8zz''',\ 8z'z'',$$

wovon jedes wegen des doppelten Zeichens der Wurzelgröße zwei Werthe hat, werden durch symmetrische Formeln gegeben; aber man kann den Gleichungen (6) nur dann genügen, wenn man in den Ausdrücken der beiden Producte zz', $z''\,zzz'''$ dieselbe Wurzelgröße mit demselben Zeichen nimmt, und ebenso hat man für jede der Gruppen $(zz'', z'z''')$, $(zz''', z'z'')$ nur zwei Syste-

me von Werthen. Uebrigens können diese Werthe positiv oder negativ seyn. Hiernach hat man:

$$z = \pm \sqrt{\frac{z z' . z z''}{z' z''}} = \pm \sqrt{\frac{z z' . z z'''}{z' z'''}}$$

$$= \pm \sqrt{\frac{z z'' . z z'''}{z'' z'''}},$$

und die übrigen Unbekannten werden durch ähnliche Ausdrücke gegeben.

Wenn man ferner den Fall betrachtet, wo die Urtheile von A und B übereinstimmen, aber denen von C und D widersprechen, wo A und C einerlei Meinung sind, welche der von B und D widerspricht, und wo das übereinstimmende Urtheil von A und D dem einstimmigen Urtheile von B und C entgegengesetzt ist; so erhält man vier andere Gleichungen, woraus man die Werthe von v, v', v'', v''' ableiten kann, und wenn diese Werthe nicht mit den aus den Werthen von a, b, c, d abgeleiteten übereinstimmen; so ist dieses ein Beweis, daß die gemachte Voraussetzung hinsichtlich der gegenseitigen Unabhängigkeit der Ursachen des Irrthumes der einzelnen Richter nicht stattfindet.

Um eine gleiche Vertheilung der Stimmen zu vermeiden, bestehen die Tribunale gewöhnlich aus einer ungeraden Anzahl von Richtern. Bezeichnet V_m die Wahrscheinlichkeit eines richtigen Urtheiles, wenn das Tribunal aus $2m+1$ Richtern besteht, wovon für jeden die Wahrscheinlichkeit des richtigen Urtheiles $= v$ ist; so hat man:

$$V_m = v^{2m+1} + \frac{2m+1}{1} . v^{2m}(1-v) + \ldots\ldots$$

$$+ \frac{(2m+1)2m(2m-1)\ldots\ldots(m+2)}{1.2.3\ldots\ldots m} . v^{m+1}(1-v)^m .$$

Wenn diese Wahrscheinlichkeit V_m bekannt wäre, so erhielte man den Werth von v, wenn man die vorherge-

hende Gleichung des $(2m+1)^{ten}$ Grades in Beziehung auf v auflös'te. Die Voraussetzung, welche derselben zum Grunde liegt, nämlich die Gleichheit der Werthe von v für die einzelnen Richter, ist ohne Zweifel im Allgemeinen unzulässig; aber gleichwohl wäre die vorhergehende Gleichung anwendbar, wenn das Tribunal nicht aus permanenten Richtern, sondern aus wechselnden Richtern bestände, welche successive ganz zufällig aus einer großen Anzahl von Personen genommen würden.

Um in einem solchen Falle den Werth von v zu bestimmen, wenn der von V unbekannt ist, würde das einfachste Verfahren darin bestehen: durch Beobachtung das Verhältniß der Anzahl der bei der einfachen Stimmenmehrheit gefällten Urtheile zur Gesammtanzahl der Urtheile zu bestimmen. Denn wenn q dieses Verhältniß bezeichnet, so hat man:

$$q = \frac{(2m+1)2m(2m-1)\ldots(m+2)}{1.2.3\ldots.\ m} \cdot v^m (1-v)^m,$$

woraus folgt:

$$v = \frac{1}{2} \pm \sqrt{\frac{1}{4} - \sqrt[m]{\frac{1.2.3\ldots.\ mq}{(2m+1)2m(2m-1)\ldots(m+2)}}}$$

Wenn das Tribunal aus einer geraden Anzahl $2m$ von Richtern bestände, so fände man ebenso für das Verhältniß q der Anzahl der gleichen Stimmenvertheilung zur Gesammtanzahl der Urtheile des Tribunales:

$$v = \frac{1}{2} \pm \sqrt{\frac{1}{4} - \sqrt[m]{\frac{1.2.3\ldots.\ mq}{2m(2m-1)\ldots.(m+1)}}}.$$

Wegen der Symmetrie der Binomialformel sieht man leicht ein, daß die Wahrscheinlichkeit eines richtigen

Urtheiles bei einer Mehrheit von i Stimmen ausgedrückt wird durch:

$$\frac{v^i}{v^i+(1-v)^i},$$

so daß sie dieselbe ist, wie wenn das Urtheil bei der Einstimmigkeit durch ein Tribunal von i Richtern, wovon für jeden die Wahrscheinlichkeit des richtigen Urtheilens $= v$ ist, ausgesprochen wäre; d. h. die Wahrscheinlichkeit eines richtigen Urtheiles ist nicht von der absoluten Anzahl der Stimmen, sondern blos von der Differenz der bejahenden und verneinenden Stimmen abhängig. Denken wir uns also zwei Tribunale, welche aus einer ungleichen Anzahl von Richtern bestehen, und nehmen wieder an, daß die Wahrscheinlichkeit v des richtigen Urtheiles für alle Richter beider Tribunale dieselbe sey. Wenn jedes der beiden Tribunale eine sehr große Anzahl N von Prozessen entscheidet, wovon bei dem ersten Tribunale N' bei der Stimmenmehrheit i und von dem zweiten N'' bei derselben Simmenmehrheit entschieden sind, indem dieses Tribunal aus weniger Richtern besteht als das erste; so wird die Zahl N'' im Allgemeinen kleiner seyn als N'; aber das Verhältniß der Anzahl der richtigen Urtheile zu der der unrichtigen Urtheile wird für beide Tribunale nahezu dasselbe seyn.

Wenn dieselben Prozeßsachen, in hinreichend großer Anzahl, successive von mehreren Tribunalen beurtheilt würden, so könnte man die Wahrscheinlichkeit eines richtigen Urtheiles für jedes Tribunal ebenso berechnen, wie man die Wahrscheinlichkeit eines richtigen Urtheiles für die verschiedenen Richter desselben Tribunales berechnet, wenn man Register hielte, woraus sich ergäbe, wie oft die Urtheile dieser Tribunale einstimmig, oder entgegengesetzt gewesen sind. Es scheint also, daß man für ein Land, wo

man eine öffentliche Gerichtsstatistik und Appellationsgerichte hat, wie z. B. in Frankreich, die Größe V bestimmen könnte, woraus sich alsdann der mittlere Werth von v ableiten ließe. Allein es sind in dieser Beziehung mehrere wesentliche Bemerkungen zu machen.

Die Prozesse, und besonders die Civilprozesse, sind oft sehr complicirt und durchlaufen verschiedene Phasen. Die Beweismittel können in der zweiten Instanz ganz andere sein, als in der ersten, und der Appellant kann seinen Prozeß gewinnen, ohne daß das Erkenntniß erster Instanz reformirt wird. Anders verhält es sich jedoch bei dem Cassationsrecurse, weil der Kläger hier sein Beweismittel aus dem angegriffenen Erkenntnisse selbst herleiten muß. Wenn ferner die Cassation eines Erkenntnisses zeigt, daß der Appellationshof falsch, oder wenigstens der Ansicht des Cassationshofes entgegen geurtheilt hat in einem oder mehreren Punkten; so folgt dagegen aus der Zurückweisung des Cassationsgesuches durchaus nicht, daß der Appellationshof richtig geurtheilt hat, noch daß der Cassationshof das Erkenntniß des Appellationshofes bestätigt.

Hinsichtlich des ersten Umstandes, welchen weder die Gerichtsstatistik, noch die mathematische Rechnung beseitigen kann, ist zu bemerken, daß die wenigsten Prozesse erster Instanz zur Appellation gelangen, und folglich könnte die hier in Rede stehende Methode die Größe V für die Tribunale erster Instanz nur in Beziehung auf die Prozesse geben, bei welchen wirklich Appellation stattfindet. Wenn jedoch der Appellant aus bloßer Caprice appellirte, so wäre die Größe V für die Prozesse, bei welchen Appellation eingelegt wird, dieselbe, wie für die, bei welchen nicht appellirt wird. Dasselbe würde noch der Fall seyn, wenn außer der Caprice die pecuniäre Wichtigkeit des Prozesses die Appellation veranlaßte; denn ein Prozeß von ge-

ringer pecuniärer Wichtigkeit kann dieselben Schwierigkeiten darbieten, wie ein Prozeß, bei welchem es sich um beträchtliche Summen Geldes handelt, und man muß annehmen, daß ein gewissenhafter Richter dem ersten dieselbe Aufmerksamkeit widmet, wie dem letzten. Man muß aber auch annehmen, daß die in der ersten Instanz unterliegende Partei sich bei dem Erkenntnisse dieser Instanz beruhigen wird, wenn der Gegenstand des Prozesses nur von geringem Werthe ist, so daß sich unter den Erkenntnissen erster Instanz, gegen welche nicht appellirt wird, weit mehr richtige befinden, als unter denen, gegen welche Appellation eingelegt wird.

Das Personal der Tribunale erneuert sich mit der Zeit, die Gesetzgebung ändert sich, es werden gewisse Controversen beseitigt, es treten neue hervor, ꝛc. Folglich müssen sich die Größen V und v mit der Zeit ändern. Um nur eine Periode zu umfassen, für welche diese Größen nahezu constant bleiben, und doch eine hinreichend große Anzahl von Entscheidungen zur Disposition zu haben, muß man sich nicht auf eine kleine Anzahl Tribunale erster und zweiter Instanz beschränken, sondern für jedes Jahr die sich auf ein ganzes Land, z. B. Frankreich, beziehenden Zahlen nehmen, was auf die Annahme hinausläuft, daß es in dem ganzen Lande nur e i n e n Gerichtshof erster und e i n e n Gerichtshof zweiter Instanz gebe, worin die Tribunale erster und zweiter Instanz successive sitzen, so daß die Wahrscheinlichkeit, daß ein Prozeß vor einen bestimmten Appellationshof kommt, durch das Verhältniß der Anzahl der jährlich vor diesen Gerichtshof kommenden Appellationen zu der Anzahl der jährlich in dem ganzen Lande stattfindenden Appellationen ausgedrückt wird. Wenn allgemein das Tribunal, für welches die Wahrscheinlichkeit eines richtigen Urtheiles $= V_i$ ist, jährlich m_i Erkenntnisse fällt, gegen

welche Appellation eingelegt wird, so hat man für den eben erwähnten fingirten Gerichtshof erster Instanz:

$$V = \frac{m_1 V_1 + m_2 V_2 + \ldots}{m_1 + m_2 + \ldots},$$

und für den fingirten Appellationshof:

$$V' = \frac{m_1' V_1' + m_2' V_2'' + \ldots}{m_1' + m_2' + \ldots}.$$

Unter der französischen Gesetzgebung *) vom 16. August 1790 waren die Districtstribunale zugleich unter sich gegenseitig Appellationstribunale, und die Verfassung vom Jahre III hatte dasselbe System beibehalten, nur daß die Anzahl der Tribunale für jedes Departement auf eins reducirt wurde. Unter diesen Umständen mußten die Größen V und V' einander gleich sein, und wenn q das Verhältniß der reformirten Erkenntnisse erster Instanz zur Anzahl aller angefochtenen Erkenntnisse bezeichnet; so hat man:

$$q = 2V - 2V^2,$$

folglich:

$$V = {}^1\!/_2 \pm \sqrt{\tfrac{1}{4} - \tfrac{q}{2}}.$$

Es wäre also nichts leichter, als die Bestimmung des Mittels V für diese Epoche, wenn man die nöthigen Erfahrungsdata hätte.

Ein zusammengesetzteres, aber in gewisser Hinsicht ähnliches System herrscht noch jetzt in Frankreich bei Appellationen gegen Erkenntnisse der Correctionspolizei. In den Departements nämlich, wo sich kein königlicher Appellationshof befindet, gelangen die Erkenntnisse erster Instanz der correctionellen Bezirkstribunale in der Appellationsinstanz vor das Tribunal der Hauptstadt des Departementes, welches bei Beurtheilung einer Appellationssache

---

*) Die französische Gesetzgebung und Gerichtsstatistik ist in dem Folgenden immer gemeint.

aus 5 Richtern bestehen muß, und die Erkenntnisse erster Instanz dieses letzten Tribunales, welches alsdann gewöhnlich aus 3 Richtern besteht, kommen in der Appellationsinstanz, nach der Entfernung, vor das Tribunal einer benachbarten Hauptstadt, oder vor den königlichen Appellationshof, vor welchen übrigens alle Appellationen gegen Erkenntnisse erster Instanz der Correctionstribunale seines Departementes gelangen. Aus der Beschaffenheit dieses Systemes lassen sich die zur genäherten Bestimmung der Größen v, V nöthigen Data unmittelbar ableiten, allein wir können jetzt hier nicht näher auf diesen Gegenstand eingehen.

Wenn für Civilsachen V den mittlern Werth der Wahrscheinlichkeit eines richtigen Urtheiles der Tribunale erster Instanz, gegen welche appellirt wird, V' den mittlern Werth der Wahrscheinlichkeit eines richtigen Urtheiles der königlichen Appellationshöfe, und q das Verhältniß der Anzahl der reformirten Urtheile zur Gesammtanzahl der Appellationen bezeichnet; so haben wir:

$$q = V + V' - 2\,V\,V'. \qquad (7)$$

Allein diese Gleichung ist zur Bestimmung der beiden Größen V, V' nicht hinreichend, und dieselbe Unbestimmtheit würde bei Appellationen gegen Erkenntnisse der Friedensgerichte stattfinden, welche vor die Bezirkstribunale gelangen.

Diese Unbestimmtheit kann nur durch eine Hypothese beseitigt werden, und wir wollen daher mit Poisson annehmen, daß die mittlere Wahrscheinlichkeit v eines richtigen Urtheiles für die Richter erster und zweiter Instanz dieselbe ist. Ferner wollen wir annehmen, daß alle Erkenntnisse erster und zweiter Instanz resp. von 3 und 7 Richtern gemacht sind, weil die Zahlen 3 und 7 wirklich

die kleinsten sind, welche das Gesetz bestimmt und selten überschritten werden, so haben wir:

$$\left.\begin{array}{l} V = v^3 + 3\,v^2\,(1-v), \\ V' = v^7 + 7v^6\,(1-v) + 21\;v^5\,(1-v)^2 \\ \quad + 35\,v^4\,(1-v)^3. \end{array}\right\} \quad (8)$$

Nach den in Frankreich erscheinenden Comptes généraux de l'administration de la justice civile von 1831 bis 1840 haben wir folgende Tafel gebildet:

Jahre.	Anzahl der Urtheile.		Verhältnisse q.
	sowohl der bestätigten, als reformirten.	ganz, oder zum Theil reformirt.	
1830—1831	8657	2815	0,3252
3 letzte Monate von dem Jahre 1831	1588	439	0,2765
1832	8766	2776	0,3167
1833	8947	2958	0,3307
1834	8237	2506	0,3042
1835	7522	2389	0,3176
1836	7939	2491	0,3138
1837	8232	2918	0,3545
1838	8904	2741	0,3078
1839	7937	2506	0,3157
1840	8432	2603	0,3087
Summe und Mittel	85161	27142	0,3187

In dieser Tafel sind die Appellationen gegen Erkenntnisse der Handelsgerichte mit denen gegen Erkenntnisse der Civiltribunale erster Instanz, welche aus permanenten Richtern bestehen, vermischt, und aus den Registern über beide Gerichte ergibt sich das merkwürdige Factum: daß das Verhältniß q für beide nahezu denselben Werth hat, gleichsam wie wenn die größere Fertigkeit und tiefere Einsicht der permanenten Richter durch den praktischen Takt

einsichtsvoller Kaufleute, welche bei Handelssachen mitentscheiden, compensirt würde *).

Wenn man in die Gleichung (7) für q den Werth 0,3187 substituirt, so ergibt sich aus den Gleichungen (7) und (8):

$$v = 0,686;\ V = 0,766;\ V' = 0,855.$$

Die mittlere Wahrscheinlichkeit des richtigen Urtheiles eines königlichen Appellationshofes wäre also für ein bestätigendes Erkenntniß = 0,950, und für ein reformirendes nur gleich 0,642). Allein die Hypothese, wor-

---

*) Dieses Factum ist nach unserer Ansicht eins der merkwürdigsten, welche sich aus den Comptes généraux etc. ergeben, und verdient daher näher erörtert zu werden, zu welchem Zwecke wir hier folgende Tafel mittheilen:

Jahre.	Civiltribunale. Zahl der Urtheile, sowohl der bestätigten, als reformirten.	Civiltribunale. Zahl der Urtheile, ganz, oder zum Theil reformirt.	Civiltribunale. Verhältnisse q.	Handelstribunale. Zahl der Urtheile, sowohl der bestätigten, als reformirten.	Handelstribunale. Zahl der Urtheile, ganz, oder zum Theil reformirt.	Handelstribunale. Verhältnisse q.
1830 — 1831	7578	2476	0,3268	1079	339	0,3142
3 letzte Monate von dem Jahre 1831	1364	388	0,2845	224	51	0,2866
1832	7766	2465	0,3174	1000	311	0,3110
1833	8087	2617	0,3236	860	341	0,3965
1834	7365	2227	0,3024	872	279	0,3199
Summe und Mittel.	32160	10173	0,3163	4035	1321	0,3274

Seit dem Jahre 1840 sind in den Comptes généraux etc. nicht blos die Appellationen gegen Erkenntnisse der Civil- und Handelstribunale, sondern auch die Appellationen gegen Ergebnisse der Civiltribunale in eigentlichen Civilsachen und in-

auf sich die auf diese Weise bestimmten Werthe beziehen, ist offenbar für die königlichen Appellationshöfe zu ungünstig, weil ihre Ueberlegenheit über die Tribunale erster Instanz darnach nur von der größern Anzahl der Richter abhinge, während man doch annehmen muß, daß die Richter in den höhern Tribunalen mehr Erfahrung und auch mehr Einsicht haben, was auch durch andere statistische Documente vollkommen bestätigt wird, wodurch die Grenzen, zwischen welchen die Werthe von v und V liegen, bestimmt werden. Diese Documente bestehen in den Listen über die Zurückweisungen der Cassationsgesuche sowohl von der Requetenkammer, als der Civilabtheilung der Cassationshöfe,

---

Handelssachen, welche dieselben Tribunale in den Städten, wo keine Handelstribunale sind, zu beurtheilen haben, genau unterschieden, wie aus folgender Tafel erhellet:

Tribunale.	Anzahl der Urtheile, sowohl der bestätigten, als reformirten.	Anzahl der Urtheile, ganz, oder zum Theil reformirt.	Verhältnisse q.
1) Civiltribunale in Civilsachen	6778	2107	0,3108
2) Civiltribunale in Handelssachen	143	45	0,3147
3) Handelstribunale	1511	451	0,2985

und über die Cassationserkenntnisse der Civilabtheilung, wie aus der folgenden Tafel erhellet:

Jahre.	Cassationsgesuche gegen die Erkenntnisse der königl. Appellationshöfe und der andern obern Tribunale.			Cassationsgesuche gegen die Urtheile der Civil- und Handelstribunale.		
	Zurückweisungen der Requetenkammern.	Zurückweisungen der Civilkammern.	Cassationen.	Zurückweisungen der Requetenkammern.	Zurückweisungen der Civilkammern.	Cassationen.
1830 – 1831	287	52	75	39	11	17
3 letzte Monate vom Jahre 1831	45	11	9	5	2	5
1832	239	41	50	42	10	28
1833	191	36	72	31	14	42
1834	267	54	77	45	34	50
1835	274	60	99	32	17	53
1836	286	69	79	31	23	45
1837	218	65	99	28	14	38
1838	312	76	87	33	20	39
1839	234	43	69	33	22	68
1840	248	58	87	28	13	61
Summe	2601	565	803	347	180	466

Aus dieser Tafel folgt, daß das Verhältniß der Anzahl der Cassationserkenntnisse der königlichen Appellationshöfe in Civil- und Handelssachen = 0,202, und dasselbe Verhältniß für die Tribunale erster Instanz in Civil- und Handelssachen, bei welchen keine Appellation stattfindet, = 0,467 ist. Das erste dieser beiden Verhältnisse kann als hinreichend genau angesehen werden, wogegen der Werth des zweiten nur provisorisch angenommen werden kann.

Wir wollen mit V und V' wieder die mittlern Werthe der Wahrscheinlichkeit eines richtigen Urtheiles der Tribunale erster Instanz und der königlichen Appellationshöfe bezeichnen. Ferner sey V'' dieselbe Größe für den Cassa-

tionshof, und q' und q'' die Verhältnisse, deren Zahlenwerthe vorhin angegeben sind; so haben wir:

$$q' = V + V'' - 2\,V\,V'' \qquad (9)$$

$$q'' = V' + V'' - 2\,V'\,V'', \qquad (10)$$

und wenn man V'' eliminirt:

$$V(1 - 2q'') - V'(1 - 2q') = q' - q''.$$

Man brauchte nur die Gleichung (7) mit dieser letzten zu verbinden, um die Größen V und V' unabhängig von der frühern Hypothese zu bestimmen, wenn man annehmen könnte, daß die Werthe von V und V' für die Prozesse, welche in der Appellation vor die königlichen Appellationshöfe gelangen, und für die, welche in Folge des Cassationsgesuches dahin kommen, dieselben wären. Allein diese Rechnung würde für V und V' imaginäre Werthe geben, und man braucht in der That nur wenig mit der französischen Gerichtsverfassung bekannt zu seyn, um a priori einzusehen, daß diese Voraussetzung unzulässig ist; denn die zusammengesetzten und schwierigen Prozeßsachen, bei welchen die Cassationsgesuche am meisten stattfinden, müssen offenbar auch die Wahrscheinlichkeiten des Irrthumes der Tribunale erster Instanz und der königlichen Appellationshöfe größer machen, als sie im Allgemeinen für die Prozesse sind, wobei blos die Appellation versucht wird.

Wenn man in der Gleichung (9) successive $V'' = 1$ und $V'' = V$ setzt, so ergeben sich daraus zwei Werthe von V, wovon der eine zuverlässig kleiner, und der andere jedenfalls größer ist, als der wahre Werth; denn einerseits ist der Cassationshof selbst dem Irrthume unterworfen, so daß er zuweilen seine eigene Meinung ändert, und andererseits würde es ungereimt seyn, wenn man $V'' < V$ setzen wollte. Vermittelst des Werthes $q' = 0{,}467$ ergibt sich hieraus:

$$V > 0{,}533;\ V < 0{,}630, \qquad (11)$$

und ebenso gibt die Gleichung (10):

$$V' > 0{,}798;\ V' < 0{,}886. \qquad (12)$$

Aber wenn V' abnimmt, so nimmt V'' vermöge der Gleichung (10) zu; es ist folglich $V'' > 0{,}886$, und man erhält eine obere Grenze von V, wenn man $V'' = 0{,}886$ in der Gleichung (9) setzt; denn es ist kein Grund vorhanden, daß V'' für die Cassationsgesuche gegen die Erkenntnisse der Tribunale erster Instanz unter die Grenze hinabsinkt, welche dasselbe Verhältniß in Beziehung auf die Cassationsgesuche gegen die Erkenntnisse der königlichen Appellationshöfe nicht überschreitet. Man kann folglich für die Ungleichheiten (11) die folgenden setzen:

$$V > 0{,}533;\ V < 0{,}543,$$

welchen die Ungleichheiten:

$$v > 0{,}520;\ v < 0{,}528$$

entsprechen.

Durch dieses Verfahren werden die Werthe der unbekannten Größen V und v für die Prozesse, bei welchen Cassationsgesuche eingelegt werden, zwischen sehr enge Grenzen eingeschlossen, und die Unsicherheit, welche dabei in Beziehung auf die Werthe dieser unbekannten Größen noch stattfindet, ist geringer als die, welche von den statistischen Daten selbst herrührt.

Den Ungleichheiten (12) entsprechen die folgenden:

$$v' > 0{,}649;\ v' < 0{,}710,$$

wo v' für die königlichen Appellationshöfe dasselbe bezeichnet, was v für die Tribunale erster Instanz ist, und es ist anzunehmen, daß sich die wahren Werthe den untern Grenzen mehr nähern, als den obern.

Das Verhältniß $\frac{V'}{V}$ muß für die Prozesse, bei welchen Appellation stattfindet, kleiner seyn, als für die, bei

welchen Cassationsgesuche eingereicht werden; denn erstere bieten im Allgemeinen nicht so große Schwierigkeiten dar als letztere, und je größer diese Schwierigkeiten sind, desto merklicher muß die tiefere Einsicht der Richter wirken, und bei Prozessen von geringerer Wichtigkeit, wie die, welche gewöhnlich in letzter Instanz durch die untern Tribunale entschieden werden, müssen sehr triftige Gründe für die Einreichung der Cassationsgesuche vorhanden seyn. Wenn wir für die Prozesse, bei welchen um Cassation nachgesucht wird, für V und V' ihre untern Grenzen nehmen, welche von den wahren Werthen nicht sehr verschieden seyn können; so erhalten wir nahezu:

$$V' = \frac{3}{2} V,$$

und wenn wir diese Relation mit der Gleichung (7) verbinden, so ergibt sich:

$$V = 0,668; \quad v = 0,614,$$

und für V' würde man einen Werth erhalten, welcher nahezu der Einheit gleich wäre. Für die Prozesse, bei welchen Appellation eingelegt wird, können wir also zuverlässig setzen:

$$V > 0,668; \quad v > 0,614$$
$$V < 0,766; \quad v < 0,686,$$

wobei aber wohl zu bemerken ist, daß die Werthe von V und v für die Prozesse, bei welchen Appellation, oder Cassation eingelegt wird, nicht mit denen verwechselt werden dürfen, welche sich auf die Entscheidung erster Instanz im Allgemeinen beziehen.

In dem Vorhergehenden haben wir angenommen, daß die Ursachen des Irrthumes für die einzelnen Richter unabhängig von einander sind, so daß sich der Fall, wo der Richter A die Wahrheit oder Unwahrheit trifft, gleich

leicht mit den Fällen verbinden kann, wo die Richter B, C rc., die Wahrheit oder Unwahrheit treffen, gerade so, wie beim Würfelspiele jede Fläche eines Würfels mit jeder der Flächen anderer Würfel zugleich getroffen werden kann. Diese Voraussetzung findet aber nur für die Fehlerursachen statt, welche von Umständen herrühren, unter deren Einflusse jeder einzelne Richter steht, wie z. B. der Zustand seiner physischen und moralischen Gesundheit, der Grad seiner Aufmerksamkeit, seine Gewohnheiten und individuellen Vorurtheile rc. Es gibt aber auch andere Ursachen des Irrthumes, welche auf alle Richter zugleich Einfluß haben, und bewirken, daß sich der Fall, wo sich der Richter A irrt, leichter oder häufiger mit dem Falle, wo sich der Richter B irrt, als mit dem entgegengesetzten Falle verbindet, und sofort für die übrigen Richter C, D u. s. w.

Wir wollen unser erstes Erläuterungsbeispiel wieder betrachten, und uns zwei Beobachter von gleicher Einsicht und Erfahrung denken, welche jeden Abend das Wetter für den folgenden Tag vorhersagen, worüber Register gehalten werden. Für jeden dieser beiden Beobachter bezeichne v das Verhältniß der Anzahl der Vorhersagungen, welche sich bestätigt haben, zur Gesammtanzahl derselben, und p bezeichne das Verhältniß der Anzahl der Wetterbeobachtungen, wobei beide Beobachter in ihrem Urtheile übereinstimmten, zur Gesammtzahl der Beobachtungen oder Vorhersagungen; so hat man vermöge der Gleichung (1):

oder:
$$\left.\begin{aligned} p &= 1 - 2v + 2v^2 \\ v &= \tfrac{1}{2} \pm \sqrt{2p - 1} \end{aligned}\right\} \qquad (1')$$

Ergibt sich alsdann aus der Vergleichung der Register über künftige Beobachtungen beider Beobachter, daß zwischen den Zahlen v und p die durch die vorhergehende Gleichung ausgedrückte Relation wirklich stattfindet; so

ist dieses ein Beweis, daß die Ursachen des Irrthumes beider Beobachter von einander unabhängig sind.

Wir wollen annehmen, daß die Gesammtreihe der Wetterprophezeihungen in mehrere Kategorien oder Partialreihen getheilt wird, indem man z. B. diese Eintheilung nach den Monaten, oder nach schönem Wetter und Regen ꝛc. macht, und jede Partialreihe eine hinreichende Anzahl von Fällen darbietet, damit die Verhältnisse v, p mit der erforderlichen Genauigkeit bestimmt werden können. Ferner seyen $p_1, p_2, \ldots p_n$; $v_1, v_2, \ldots v_n$ die Werthe der Verhältnisse p und v für jede Kategorie oder Partialreihe, und k_i bezeichne allgemein das Verhältniß der Anzahl der Beobachtungen in der Kategorie (i) zu der Anzahl der Beobachtungen der Totalreihe, so daß man hat:

$$k_1 + k_2 + \ldots + k_n = 1; \qquad (k)$$

so wird der wahre Werth des Verhältnisses v ausgedrückt durch:

$$k_1\, v_1 + k_2\, v_2 + \ldots + k_n\, v_n,$$

und wenn man jetzt annimmt, daß in jeder Partialreihe die Ursachen des Irrthumes auf jeden Beobachter unabhängig von dem andern wirken; so hat man:

$$\left.\begin{array}{l} v = {}^1/_2 + {}^1/_2\,(k_1 \sqrt{2p_1 - 1} + k_2 \sqrt{2p_2 - 1} + \ldots \\ \qquad + k_n \sqrt{2p_n - 1}), \end{array}\right\} (2')$$

so daß der Einfluß die Ursachen, welche beide Beobachter zugleich zum Irrthume bestimmen, eliminirt ist. Der Kürze wegen wollen wir annehmen, daß die Zahlen $v_1\ v_2 \ldots v_n$ alle größer als $^1/_2$ sind, und folglich die Wurzelgrößen positiv genommen werden müssen.

Wenn man aber die Totalreihe der Beobachtungen nicht in mehrere Kategorien oder Partialreihen eingetheilt und die Unabhängigkeit der Ursachen des Irrthumes in

Beziehung auf die Gesammtreihe angenommen hätte, so hätte sich aus der Gleichung (1′) ergeben:

$$v = 1/_2 + 1/_2 \sqrt{2(k_1 p_1 + k_2 p_2 + \ldots + k_n p_n) - 1},$$

und es läßt sich leicht zeigen, daß dieser unrichtige Werth von v immer größer ist, als der durch die Gleichung (2′) gegebene wahre Werth.

Wenn man den Werth der Zahl v direct durch Beobachtung bestimmen kann, wie dieses in unserm Erläuterungsbeispiele der Fall ist; so wird die Unzuverlässigkeit der Voraussetzung hinsichtlich der gegenseitigen Unabhängigkeit der Ursachen des Irrthumes der einzelnen Richter vor jeder Eintheilung der Urtheile in Kategorien dadurch angezeigt, daß der aus der Gleichung (1′) abgeleitete Werth von v größer ist, als der durch directe Beobachtung erhaltene Werth, und der Unterschied würde noch größer seyn, wenn der Werth von v für gewisse Kategorien unter $1/_2$ herabsinken könnte, aber für die Gesammtreihe größer als $1/_2$ bliebe.

In dem gewöhnlichen Falle dagegen, wo der Werth der Zahl v nur indirect vermittelst der Gleichung (1′) oder jeder ähnlichen Gleichung berechnet werden kann, würde die Unzulässigkeit der in Rede stehenden Hypothese durch nichts angezeigt, wenn die Gesammtreihe der Urtheile nicht groß genug wäre, um sie mit Hülfe der statistischen Documente in Partialreihen eintheilen zu können, wovon jede ihrerseits eine hinreichend große Anzahl von Urtheilen enthielte, um nahezu constante Verhältnisse zu geben. Wenn diese Eintheilung oder Classification vorgenommen werden kann, so geschieht es im Allgemeinen, daß sich das Verhältniß p von einer Kategorie zur andern ändert, und successive entschiedene Werthe p_1, p_2, . . . p_n annimmt. Alsdann berechnet man den Werth von v vermittelst der Gleichung (2′), und dieser zweite Werth, welcher immer

kleiner ist als der erste, ist doch noch größer als der wahre Werth, wenn die Hypothese über die gegenseitige Unabhängigkeit der Ursachen des Irrens der einzelnen Richter in jeder, oder in einigen der verschiedenen Kategorien noch nicht nahezu stattfindet. Setzt man alsdann die statistischen Beobachtungen fort, so daß man eine weit größere Anzahl derselben zu seiner Disposition hat, und eine größere Anzahl von Kategorien oder Partialreihen bilden kann; so erhält man für v einen kleinern Werth als die vorhergehenden, welcher sich dem wahren Werthe mehr nähert.

Wir wollen der Kürze wegen setzen:

$$^1/_2 \sqrt{2p-1} = z, \quad ^1/_2 \sqrt{2p_1-1} = z_1, \quad ^1/_2 \sqrt{2p_2-1} = z_2 \text{ ic.}$$

$$k_1 z_1 + k_2 z_2 + \text{ ic.} = \zeta,$$

so daß die aus den Gleichungen (1') und (2') abgeleiteten Werthe von v resp. folgende sind:

$$v = {}^1/_2 + z, \quad v = {}^1/_2 + \zeta;$$

so haben wir:

$$z^2 - \zeta^2 = k_1 k_2 (z_1 - z_2)^2 + k_1 k_3 (z_1 - z_3)^2 + \ldots + k_2 k_3 (z_2 - z_3)^2 + \text{ ic.}$$

Nun kann man aber leicht beweisen, daß, wenn die Zahlen k_1, k_2 ic. positiv bleiben und der Gleichung (k) genügen, und a, b bezeichnen resp. die untern und obern Grenzen der Größen z_1, z_2 ic., der Werth des zweiten Theiles der letzten Gleichung zwischen:

$$0 \text{ und } \frac{(b-a)^2}{4}$$

fällt. Ferner liegen die Zahlen p_1, p_2 ic. nothwendig zwischen $^1/_2$ und 1, so daß man $a = 0$, $b = {}^1/_2$ hat, und folglich:

$$z^2 - \zeta^2 < {}^1/_{16}, \text{ also } \zeta > \sqrt{z^2 - {}^1/_{16}}.$$

Wenn z. B. die Gesammtreihe ohne Unterscheidung der Kategorien $v = 0{,}9$ oder $z = 0{,}4$ gegeben hätte, so würde der wahre Werth von v, wie man denselben erhielte, wenn man die Anzahl der Kategorien oder Partialreihen hinreichend groß machen könnte, damit nur noch der Einfluß der von einem Richter zum andern veränderlichen Ursachen des Irrens stattfände, nothwendig zwischen 0,9 und:

$$\tfrac{1}{2} + \sqrt{0{,}16 - \tfrac{1}{16}} = 0{,}81225$$

liegen. Diese Formel für die untere Grenze von v würde unbrauchbar und lehrte nichts, wenn $z < \tfrac{1}{4}$ wäre, oder den Werth dieses Bruches nur wenig überträfe. Wenn der Werth von v ungeändert bleibt, obgleich man bei vergrößerter Anzahl der Beobachtungen die Anzahl der Kategorien vermehrt hat, so ist dieses ein Beweis, daß die Grenze erreicht ist, und daß man für jede Kategorie die Fehlerursachen als völlig unregelmäßig, und von einem Richter oder Beobachter zum andern veränderlich wirkend betrachten kann.

Wir wollen nun ein Tribunal betrachten, welches aus drei Richtern besteht, wovon man für jeden dem Verhältnisse v denselben Werth beilegen kann, sey es, daß das Tribunal aus drei gleich einsichtsvollen, permanenten Richtern, oder aus drei Richtern besteht, welche bei jedem Prozesse aus einer allgemeinen Liste zufällig herausgenommen werden, in welchem letztern Falle v ein Mittel zwischen den Werthen der Wahrscheinlichkeit eines richtigen Urtheiles für alle einzelnen auf dieser Liste verzeichneten Richter ist.

Wenn alsdann p das Verhältniß der Anzahl der bei der Einstimmigkeit der Richter gefällten Urtheile zur Gesammtzahl der Urtheile bezeichnet und aus einer langen

Reihe von Beobachtungen bekannt ist, so hat man nach dem weiter oben Gesagten:

$$v = \tfrac{1}{2} \pm \tfrac{1}{2} \sqrt{\frac{4p-1}{3}}.$$

Dieser Ausdruck von v ist hinsichtlich der Form dem ganz ähnlich, welcher die Gleichung (1) gibt, und es sind folglich darauf auch alle die Schlüsse anwendbar, welche früher hinsichtlich der successiven Verkleinerung der Werthe von v durch die Vergrößerung der Anzahl der Kategorien, und hinsichtlich der Grenzen dieser Verkleinerung gemacht sind.

Die Wahrscheinlichkeit eines richtigen Urtheiles oder das Verhältniß der Anzahl der richtigen Urtheile zur Anzahl aller Urtheile ist für dieses Tribunal, wenn alle Urtheile in eine einzige Reihe zusammengefaßt werden können:

$$V = 3v^2 - 2v^3.$$

Wir wollen uns nun diese Urtheile in zwei Kategorien abgetheilt denken, für welche v die Werthe v_1 und v_2 annimmt; so wird das Verhältniß der Anzahl der richtigen Urtheile zur Gesammtzahl der Urtheile:

$$k_1 V_1 + k_2 V_2 =$$
$$3(k_1 v_1^2 + k_2 v_2^2) - 2(k_1 v_1^3 + k_2 v_2^3),$$

und man muß beweisen, daß:

$$k_1 V_1 + k_2 V_2 < V \qquad (3')$$

ist, wenigstens in dem Falle, wo jede der drei Zahlen v, v_1, v_2 größer als $\tfrac{1}{2}$ angenommen wird. Denn da in diesem Falle der Werth des Verhältnisses p für die Totalreihe ein Mittel zwischen den Werthen p_1, p_2 ist, welche dieses Verhältniß resp. für die beiden Kategorien annimmt; so fällt der Werth von v auch zwischen v_1, v_2, so daß man setzen kann:

$$v_1 > v, \; v > v_2. \qquad (4')$$

Andererseits hat man nach dem weiter oben Bewiesenen:

$$k_1 v_1 + k_2 v_2 < v \text{ oder } k_1 < \frac{v - v_2}{v_1 - v_2}. \qquad (5')$$

Wenn nun die Ungleichheit (3′) nicht erfüllt würde, und man im Gegentheil hätte:

$$k_1 V_1 + k_2 V_2 > V$$

oder:

$$k_1 (V_1 - V_2) > V - V_2;$$

so würde daraus folgen:

$$k_1 > \frac{V - V_2}{V_1 - V_2},$$

und mithin wegen der Ungleichheit (5′):

$$(v - v_2)(V_1 - V_2) > (v_1 - v_2)(V - V_2); \qquad (6')$$

denn da V mit v zunimmt, so folgt aus den Ungleichheiten (4′):

$$V_1 - V_2 > 0,\ V - V_2 > 0,$$

und alsdann kann man durch die Binome $V_1 - V_2$, $V - V_2$ multipliciren oder dividiren, ohne die Ungleichheiten umzukehren. Die Ungleichheit (6′) reducirt sich, wenn man für V, V_1, V_2 ihre Werthe substituirt, auf:

$$(v_1 - v)(v_1 - v_2)(v - v_2) \times [3 - 2(v + v_1 + v_2)] > 0.$$

So lange aber jeder der Brüche v, v_1, v_2 nach der Voraussetzung größer ist als $1/2$, ist der letzte Factor im ersten Theile der vorhergehenden Ungleichheit negativ, während die drei binomischen Factoren vermöge der Ungleichheiten (4′) positiv sind. Die vorhergehende Ungleichheit kann also nicht stattfinden, und folglich muß die Ungleichheit (3′) erfüllt werden, wenn der unendlich wenig wahrscheinliche Fall der Gleichheit beider Theile derselben ausgeschlossen wird. Durch die Vermehrung der Kategorien wird also der Werth, welchen die Rechnung für die mittlere Wahrscheinlichkeit eines richtigen Urtheiles des

Tribunales gibt, allmählig vermindert, wie der Werth der mittlern Wahrscheinlichkeit des richtigen Urtheiles jedes einzelnen Richters.

Bisher haben wir die Zahlen k_1, k_2 rc., welche man die Coefficienten der Kategorien nennen könnte, und die Wahrscheinlichkeiten ausdrücken, daß ein zufällig aus der Totalreihe genommenes Urtheil sich auf die Kategorien (1), (2) rc. bezieht, als bekannt und unmittelbar durch die statistischen Documente gegeben angenommen. Man kann aber die Zahlen k_1, k_2 rc. auch als unbekannt betrachten, und sie vermittelst einer hinreichenden Anzahl unmittelbar beobachteter Elemente zu bestimmen suchen. In der Auflösung einer Aufgabe dieser Art besteht hauptsächlich die Anwendung der Wahrscheinlichkeitsrechnung auf Criminalprozeßsachen. Denn die vor ein Criminaltribunal gestellten Angeklagten lassen sich ganz natürlich in zwei verschiedene Kategorien, nämlich in die Kategorie der Schuldigen und in die der Unschuldigen eintheilen, und k_1, k_2 bezeichnen alsdann die Wahrscheinlichkeiten, einen Schuldigen, oder einen Unschuldigen zu treffen, wenn man aus der Gesammtreihe der Angeklagten zufällig einen Namen herausnimmt. Die Zahlen k_1, k_2, deren Summe der Einheit gleich ist, sind nicht unmittelbar gegeben, und können es auch nicht sein, weil man kein untrügliches Kriterium der Schuld oder Unschuld der Angeklagten hat, und es ist a priori blos sehr wahrscheinlich, daß k_1 beträchtlich größer ist als k_2, weil die Angeklagten erst nach einer Voruntersuchung, welche die Unschuldigen, wogegen keine schweren Verdachtsgründe vorhanden sind, entfernt, zur Verurtheilung vor ein Tribunal gestellt werden.

Die Wahrscheinlichkeit v eines richtigen Urtheiles ist für jeden der Richter, woraus das Tribunal besteht, $= k_1 v_1 + k_2 v_2$, wo v_1, v_2 resp. die Werthe dieser

Wahrscheinlichkeit für die Reihe oder Kategorie der schuldigen Angeklagten, und für die der unschuldigen Angeklagten sind. Es ist im Allgemeinen anzunehmen, daß die Zahlen v_1, v_2, d. h. das Verhältniß der von einem Richter verurtheilten Schuldigen zu der Anzahl der Schuldigen, welche er freispricht, und das Verhältniß der Anzahl der Unschuldigen, welche er freispricht, zu der Anzahl der Unschuldigen, welche er verurtheilt, einander nicht gleich sind, und jedenfalls würde die Gleichheit dieser Verhältnisse durch die Beobachtung darzuthun sein. Man hat also im Allgemeinen drei unbekannte Größen: k_1, v_1, v_2, welche nach Beobachtungsdaten bestimmt werden müssen.

Wir wollen wieder ein Tribunal betrachten, welches aus drei Richtern besteht, wovon man für jeden den Verhältnissen v_1, v_2 dieselben Werthe beilegen kann. Ferner wollen wir einstweilen annehmen, daß der Richter, welcher einen Angeklagten verurtheilt, dadurch sagen will, daß er schuldig ist, und umgekehrt, daß der Richter, welcher einen Angeklagten freispricht, dadurch behauptet, daß er unschuldig sey. Weiter bezeichne c das Verhältniß der Anzahl der bei der Einstimmigkeit der Richter verurtheilten Angeklagten zur Gesammtanzahl der Angeklagten, c' das Verhältniß der Anzahl der bei der einfachen Stimmenmehrheit verurtheilten Angeklagten zu derselben Gesammtzahl, und endlich a das Verhältniß der Anzahl der bei der Einstimmigkeit der Richter freigesprochenen Angeklagten zur Gesammtanzahl der Angeklagten; so hat man zur vollständigen Bestimmung der drei unbekannten Größen k_1, v_1, v_2 die drei Gleichungen:

$$\left.\begin{aligned} k_1 v_1^3 + (1-k_1)(1-v_2)^3 &= c, \\ 3k_1 v_1^2 (1-v_1) + 3(1-k_1) v_2 (1-v_2)^2 &= c', \\ k_1 (1-v_1)^3 + (1-k_1) v_2^3 &= a. \end{aligned}\right\} \quad (7')$$

Man hat mit Recht bemerkt, daß der Richter, welcher einen Angeklagten freispricht, gewöhnlich damit nicht

behaupten will, daß derselbe unschuldig sey, sondern blos, daß nach seiner Ansicht die Indicien der Schuld zu einer Verurtheilung nicht hinreichend sind; und umgekehrt der Richter, welcher einen Angeklagten verurtheilt, behaupte die Schuld desselben nicht mit einer absoluten Gewißheit, sondern blos das Vorhandenseyn solcher Anzeigen, einer so starken Präsumtion seiner Schuld, daß Angeklagte der Art nicht freigesprochen werden dürfen, wenn man die Autorität der Justiz und die öffentliche Sicherheit nicht compromittiren will.

Die durch die vorhergehenden Gleichungen bestimmten Zahlen k_1, v_1, v_2 beziehen sich also nicht, wie wir einstweilen annahmen, auf die beiden Kategorien, wovon die eine die schuldigen, und die andere die unschuldigen Angeklagten enthält, sondern vielmehr auf die beiden Kategorien, wovon die eine die verurtheilbaren Angeklagten, und die andere die nicht verurtheilbaren oder freizusprechenden Angeklagten enthält, indem in der ersten Kategorie gewiß auch Unschuldige, und in der zweiten höchst wahrscheinlich viele wirklich Schuldige vorkommen. Aber wenn man sich im absoluten Sinne des Wortes auch den Unterschied zwischen schuldigen und unschuldigen Angeklagten leicht denken kann, so kann man sich doch nicht ebenso leicht einen genauen Begriff von der Eintheilung der Angeklagten in verurtheilbare und freisprechbare bilden, weshalb wir hier auf diesen wichtigen Punkt einer in allen ihren Theilen feinen Theorie etwas näher eingehen müssen.

Zu dem Zwecke wollen wir uns wieder des bereits mehrere Male angewandten Erläuterungsbeispieles bedienen. Wenn nämlich ein im Vorhersagen des Wetters geübter Mensch für den folgenden Tag schönes Wetter vorhersagt, so behauptet er damit nicht auf eine absolute

Weise, daß es nothwendig schönes Wetter sein wird, sondern blos, daß sehr große Wahrscheinlichkeiten für diese Annahme vorhanden sind, so daß man z. B. unbedenklich eine Reise auf das Land ꝛc. unternimmt. Desgleichen, wenn ein Chirurg für die Amputation eines kranken Gliedes stimmt, so behauptet er damit nicht, daß eine andere Cur absolut unmöglich sey, sondern blos, daß nach seiner Meinung die Wahrscheinlichkeiten eines übeln Ausganges, wenn das Glied nicht amputirt wird, so groß sind, lieber für die Aufopferung des kranken Gliedes zu stimmen. Dieselbe Bemerkung ist auf fast alle Urtheile der Menschen anwendbar, und bezieht sich nicht blos auf die Urtheile in Criminalprozessen.

Dieses vorausgesetzt, wollen wir uns die Angeklagten in eine hinreichend große Anzahl von Kategorien getheilt denken, damit in jeder die Fehlerursachen zufällig und unabhänig auf jeden Richter wirken, indem übrigens jede Kategorie schuldige und unschuldige Angeklagte enthält. Wenn für jede dieser Kategorien der Werth des Verhältnisses v sowohl für die Schuldigen, wie für die Unschuldigen nicht unter $1/2$ herabsinken kann, so geben die auf jede Kategorie angewandten Gleichungen (7′) wirklich die Zahlen k_1, v_1, v_2 für die Unterscheidung der Angeklagten in unschuldige und schuldige, und da die Werthe von v_1, v_2 durch die Rechnung immer paarweise von der Form $1/2 \pm z_1$, $1/2 \pm z_2$ gegeben werden; so muß man nach dem bereits früher Gesagten z_1, z_2 immer mit dem positiven Zeichen nehmen.

Dieselben Gleichungen (7′) würden, auf die Gesammtreihe der Angeklagten angewandt, ohne Zweifel nach der im Vorhergehenden auseinandergesetzten Theorie für die gesuchten Verhältnisse nur Näherungswerthe geben; aber dieselben würden sich immer auf die Eintheilung der Angeklagten in schuldige und unschuldige beziehen. Bei

einer sehr großen Anzahl von Kategorien der Angeklagten muß man aber im Gegentheil annehmen, daß die Wahrscheinlichkeit v einer der Wahrheit gemäßen Entscheidung unter $^1/_2$ herabsinkt und sich sogar dem Werthe Null ohne Ende nähert. Es gibt ohne Zweifel auch viele schuldige Angeklagte, welche wegen der schwachen gegen sie sprechenden juristischen Beweise, und wegen verschiedener anderer Ursachen, wie z. B. die zu große Strenge der Strafgesetze, wodurch die Richter im Allgemeinen zu einer größern Milde bestimmt werden, fast gewiß sind, freigesprochen zu werden. Ebenso ist es nicht zu bezweifeln, daß eine kleine Anzahl unschuldiger Angeklagter wegen des unglücklichen Zusammentreffens verschiedener gegen sie sprechender Umstände, wodurch auch die einsichtsvollsten und parteilosesten Richter von der Schuld überzeugt werden können, wirklich verurtheilt werden. Es gibt also Angeklagte, für welche man, wenn man von den Gleichungen (7′) Anwendung machte, und die Angeklagten in unschuldige und schuldige eintheilte, von den durch die Rechnung für v_1, oder selbst für v_2 gefundenen Werthen die nehmen müßte, welche kleiner als $^1/_2$ sind. Hieraus folgt, daß man selbst bei einer ersten Annäherung die Gleichungen (7′) nicht auf die Gesammtreihe der Angeklagten anwenden könnte, oder wenigstens würde man nicht wissen können, ob man von den beiden Werthen von v_1, welche diese Gleichungen geben, nicht den nehmen müßte, welcher kleiner ist als $^1/_2$ und sich vielleicht dem wahren Werthe mehr nähert als der andere.

Es gibt nur ein Mittel, diese Schwierigkeit zu beseitigen, und den zweiten Fall auf den ersten zurückzuführen, welches darin besteht, daß man die schuldigen Angeklagten, für welche die Wahrscheinlichkeit der Verurtheilung unter *$^1/_2$ herabsinkt*, als f r e i s p r e c h b a r betrachtet, und *ebenso die unschuldigen* Angeklagten, für welche die Wahr-

scheinlchkeit der Freisprechung unter $1/2$ fällt, als verurtheilbar ansieht. Alsdann können die Größen v_1, v_2, welche resp. die Wahrscheinlichkeit eines Verdammngsurtheiles für die verurtheilbaren Angeklagten, und eines Freisprechungsurtheiles für die freizusprechenden Angeklagten ausdrücken, vermöge ihrer Definition selbst für keine Kategorie der Angeklagten unter $1/2$ herabsinken; und wenn man bei einer ersten Annäherung die Gleichungen (7′) auf die Totalreihe der Angeklagten anwendet, so muß man für v_1, v_2 von den durch die Rechnung erhaltenen Werthen die nehmen, welche größer als $1/2$ sind.

Auf diese Weise bekommen die Ausdrücke verurtheilbar und freisprechbar eine genaue und mathematisch bestimmte Bedeutung, und man sieht zugleich, wie sich die Eintheilung der Angeklagten in verurtheilbare und freisprechbare auf den Zustand der Bildung und moralischen Beschaffenheit der Bürger bezieht, unter welchen die Criminalrichter oder die Geschworenen genommen werden, so daß, wenn die Geschworenen aus einer andern Klasse der Bürger genommen werden, oder bei derselben Klasse der Bürger andere Einflüsse auf sie wirken, gewisse Angeklagte aus der Kategorie der freisprechbaren in die der verurtheilbaren, und umgekehrt, übergehen können.

So war z. B. in Belgien das Verhältniß der Anzahl der Verurtheilten zur Gesammtanzahl der Angeklagten = 0,83, als die Verbrechen von angestellten Richtern beurtheilt wurden, und dasselbe sank auf 0,60 herab, als in diesem Lande die französischen Geschworenengerichte wieder hergestellt wurden, so daß die verhältnißmäßige Anzahl der verurtheilbar Angeklagten durch die Wiederherstellung der Geschworenengerichte abgenommen hat, obgleich die Formen der Voruntersuchung ganz dieselben geblieben sind, und sich folglich die verhältnißmäßige Anzahl

der wirklich Schuldigen nicht merklich hat ändern können. Da nämlich die Geschworenen bei ihrem Urtheile milder sind, als die angestellten Richter, so gibt es viele Kategorien schuldiger Angeklagter, für welche die Wahrscheinlichkeit v_1 einer Verurtheilung größer als $1/2$ ist, wenn sie vor permanente Richter gestellt werden, und unter $1/2$ herabsinkt, wenn sie vor Geschworenengerichte gestellt werden. Die Angeklagten dieser Kategorien gehören zu den verurtheilbaren, wenn man die Formeln (7′), oder ähnliche, auf die Urtheile der permanenten Richter anwendet, und gehen in die Klasse der freisprechbaren Verurtheilten über, wenn dieselben Formeln auf Urtheile der Geschworenengerichte angewandt werden.

Nach dieser Theorie läßt sich auch beurtheilen, in welchem Sinne die Resultate der Rechnung geändert werden, wenn sich die Criminalgesetzgebung ändert, oder andere Umstände, welche auf die Urtheile der Geschworenen Einfluß haben. Alles, was die Einsicht der Geschworenen vermehrt, muß auch die Werthe von v_1, v_2 vergrößern, und man findet z. B. unter übrigens gleichen Umständen die Werthe von v_1, v_2 bei Geschworenen, welche ihre Stimmen ohne Communication unter sich abgeben, kleiner, als wenn die Geschworenen sich mit einander berathen und sich gegenseitig aufklären können.

Eine Milderung der Strafgesetzgebung, welche eine größere Anzahl verdienter Verurtheilungen zur Folge hat, um gewisse Verbrechen wirksamer zu unterdrücken, kann dagegen bewirken, daß die Werthe von v_1, v_2, welche sich auf die Eintheilung der Angeklagten in verurtheilbare und freisprechbare beziehen, sich vermindern, so daß eine Kategorie schuldiger Angeklagter, für welche v_2 einen sehr großen Werth hatte, fast sicher *ist, freigesprochen* zu werden. Wenn die constante Fehler*ursache, welche* die Freisprechung fast mit Gewißheit be-

stimmte, beseitigt wird, so hängt das Loos dieser Angeklagten blos von dem Einflusse der Ursachen des Irrthums ab, welche unregelmäßig und unabhängig auf die einzelnen Geschworenen wirken. Die Wahrscheinlichkeit v_2 nimmt für die Angeklagten der in Rede stehenden Kategorie ab, und wenn sie unter $1/2$ fällt, so gehen diese Angeklagten in die Kategorie derer über, welche wir verurtheilbar genannt haben; aber für welche v_1 einen Werth haben kann, welcher nur sehr wenig größer als $1/2$ ist. Die mittlern Werthe von v_1, v_2 können also für die Gesammtreihe der Angeklagten in Folge einer Milderung der Strafgesetzgebung abnehmen, obgleich eine größere Anzahl wirklich wahrer Urtheile stattfindet.

Die Unwissenheit ist im Allgemeinen eine Ursache des Irrthums, welche auf die einzelnen Geschworenen eine unregelmäßige und veränderliche Wirkung ausübt, und alles, was die Einsicht der Geschworenen vermehren kann, vermindert den Einfluß des Zufalls bei dem Ausspruche der Geschworenen und vergrößert die verhältnißmäßige Anzahl der bei der Einstimmigkeit, oder bei einer beträchtlichen Stimmenmehrheit ausgesprochenen Urtheile der Geschworenengerichte, und folglich die durch die Rechnung erhaltenen Werthe der Verhältnisse v_1, v_2. Durch die Beseitigung der Fehlerursachen, welche von herrschenden Vorurtheilen, Gemüthsstimmungen ꝛc. herrühren, und wodurch sich die Anzahl der wirklich richtigen Urtheile vermehren kann, kann dagegen der Einfluß des Zufalles vergrößert werden, so daß die verhältnißmäßige Anzahl der bei der Einstimmigkeit, oder bei einer beträchtlichen Stimmenmehrheit ausgesprochenen Urtheile, und folglich die durch die Rechnung erhaltenen Werthe von v_1, v_2 vermindert werden.

Wenn die Gerichtsstatistik für die französischen Tribunale der Correctionspolizei, welche im Allgemeinen aus

drei Richtern bestehen, die Werthe der Elemente c, c', a gäbe, so könnte man die Gleichungen (7') zur Bestimmung der Verhältnisse k_1, v_1, v_2 anwenden, allein diese Elemente werden nicht angegeben, und können es nach den französischen Gesetzen auch nicht. Dagegen gibt die Gerichtsstatistik in Beziehung auf die Appellationen bei der Correctionspolizei alle zur Bestimmung derselben Verhältnisse erforderlichen Documente; allein wir können jetzt hier auf diese interessante Untersuchung nicht näher eingehen.

Die interessanteste Anwendung, welche man von der Theorie der Wahrscheinlichkeit der Urtheile machen kann, ist die auf die Entscheidungen der Geschworenengerichte in Criminalproceßsachen. Nach einer bis zum Mittelalter zurückgehenden Tradition bestehen in Frankreich und England die Geschwornengerichte aus 12 Geschworenen, obgleich sie in beiden Ländern auf sehr verschiedenen Grundlagen beruhen. Die französische Gesetzgebung hat sich in Beziehung auf die zu einer Verurtheilung erforderliche kleinste Stimmenmehrheit mehrere Male geändert, und nach dem jetzt geltenden Gesetze ist zu einer Verurtheilung die einfache Stimmenmehrheit von sieben Stimmen gegen fünf hinreichend.

Es sey N die Gesammtzahl der Angeklagten, N_1 die der verurtheilbaren Angeklagten, N_2 die der freizusprechenden Angeklagten, C die der bei mehr als 7 Stimmen verurtheilten Angeklagten, C' die Anzahl der bei der einfachen Stimmenmehrheit verurtheilten Angeklagten, A die Anzahl der in Folge einer gleichen Stimmenvertheilung freigesprochenen Angeklagten, V_1, V_2 resp. die Wahrscheinlichkeit einer Verurtheilung oder Freisprechung in Beziehung auf verurtheilbare oder freisprechbare Ange-

klagte, und v_1, v_2 seyen dieselben Größen wie früher. Setzen wir ferner:

$$\frac{N_1}{N} = k_1, \frac{N_2}{N} = k_2, \frac{C}{N} = c,$$

$$\frac{C'}{N} = c', \frac{A}{N} = a;$$

so haben wir:

$$k_1 + k_2 = 1,$$

$$\left.\begin{array}{l} k_1[v_1^{12} + 12\, v_1^{11}(1-v_1) + 66\, v_1^{10}(1-v_1)^2 \\ +220\, v_1^9(1-v_1)^3 + 495\, v_1^8(1-v_1)^4] \\ +k_2[(1-v_2)^{12} + 12(1-v_2)^{11} v_2 + 66(1-v_2)^{10} v_2^2 \\ +220(1-v_2)^9 v_2^3 + 495(1-v_2)^8 v_2^4]. \end{array}\right\} = c,$$

$$792\,[k_1 v_1^7 (1-v_1)^5 + k_2 (1-v_2)^7 v_2^5] = c',$$

$$924\,[k_1 v_1^6 (1-v_1)^6 + k_2 (1-v_2)^6 v_2^6] = a.$$

Wenn die Zahlen a, c, c' durch die Statistik gegeben wären, so wären diese Gleichungen zur Bestimmung von k_1, k_2, v_1, v_2 und folglich von V_1, V_2 hinreichend. Die statistischen Documente geben unmittelbar die Zahl $c + c^1$, so wie die Zahl c', wenigstens unter der jetzigen Gesetzgebung, wonach die Geschworenen angeben müssen, ob eine Verurtheilung bei der einfachen Stimmenmehrheit ausgesprochen ist, wogegen die Gesetzgebung es nie hat gestatten wollen, daß die Geschworenen angeben, bei welcher Stimmenmehrheit eine Freisprechung stattgefunden hat. Es kann folglich weder das Verhältniß a, noch ein ähnliches Verhältniß durch die Gerichtsstatistik gegeben werden, und man muß daher, um gewisse Zahlenbestimmungen zu erhalten, die Anzahl der unbekannten Größen zu vermindern suchen, wie es Poisson gethan hat, weil sein Verfahren darauf hinausläuft, $v_1 = v_2$ zu setzen. Aus einer genauern Analyse der Data der Statistik über die Appellationen bei der Correctionspolizei ergibt sich jedoch, daß v_2, V_2 resp. größer als v_1, V_1, und v_2, V_2 sehr wenig von der Einheit verschieden sind.

Die Ursachen, welche ein solches Resultat bei permanenten Richtern bewirken, wie die der Correctionspolizei, müssen dasselbe um so mehr bei den Geschwornengerichten bewirken.

Gleichwohl wäre die Nachweisung eines solchen Resultates durch directe Beobachtungen von großem Interesse, und zu wünschen, daß man eine Maßregel ergriffe, wonach man für eine große Anzahl von Prozessen das der Criminalstatistik noch fehlende Element bestimmen könnte, ohne daß dadurch für jede einzelne Freisprechung die Art der Stimmenvertheilung bekannt würde. Wenn z. B. der Chef des Geschworenengerichtes gehalten wäre, in eine verschlossene Büchse bei jeder Verurtheilung oder Freisprechung resp. so viele weiße und schwarze Billets zu werfen, als Geschworene für die Freisprechung und Verurtheilung gestimmt haben; so könnte man am Ende jedes Jahres im Interesse der Gerichtsstatistik die Anzahl der freisprechenden und verurtheilenden Stimmen erfahren, ohne daß dieses für jede einzelne Prozeßsache der Fall wäre, und es läßt sich leicht zeigen, daß das auf diese Weise erhaltene Resultat für den in Rede stehenden Gegenstand der Kenntniß des Elementes a gleichkommt.

Da wir aber den Werth dieses Elementes nicht kennen, übrigens Gründe für die Annahme vorhanden sind, daß der Werth von v_2 zwischen dem von v_1 und der Einheit liegt; so können wir weiter nichts thun, als successive $v_2 = 1$ und $v_2 = v_1$ zu setzen, und alsdann müssen sich die wahren Werthe der unbekannten Größen k_1, v_1, V_1 zwischen den diesen Voraussetzungen entsprechenden Werthen befinden.

In der Voraussetzung $v_2 = 1$ wird v_1 durch die Gleichung des fünften Grades:

$$\left.\begin{aligned} & v_1^5 + 12 v_1^4 (1 - v_1) + 66 v_1^3 (1 - v_1)^2 \\ & \quad + 220 v_1^2 (1 - v_1)^3 \\ & + 495 v_1 (1 - v_1)^4 - 792 \frac{c}{c'} (1 - v_1)^5 = 0 \end{aligned}\right\} \quad (8')$$

bestimmt, und man hat alsdann:

$$V_1 = v_1^7 \; [v_1^5 + 12\, v_1^4 (1-v_1) + 66\, v_1^3 (1-v_1)^2 + 220\, v_1^2 (1-v_1)^3 + 495\, v_1 (1-v_1)^4 + 792 (1-v_1)^5], \qquad (9')$$

$$k_1 = \frac{c + c'}{V_1}. \qquad (10')$$

Wenn man dagegen $v_2 = v_1 = v$ setzt, so kommt:

$$c' = 792\, v^5 (1-v)^5 \,[k_1 (2v-1) + (1-v)^2], \qquad (11')$$

$$c + c' = k_1 \,[1 - 924\, v^6 (1-v)^6] - (2k_1 - 1)(1-v)^7 \,[(1-v)^5 + 12 (1-v^4)\, v + 66 (1-v)^3 v^2 + 220 (1-v)^2 v^3 + 495 (1-v) v^4 + 792\, v^5]. \qquad (12')$$

Im zweiten Theile dieser letzten Gleichung kann man ohne merklichen Fehler das negative Glied mit dem Factor $(1-v)^7$ hinweglassen; die Elimination von k_1 zwischen den Gleichungen (11′) und (12′) läßt sich alsdann sehr leicht verrichten, und die Wurzel der Endgleichung mit v wird ebenfalls leicht durch Versuche erhalten, da man weiß, daß diese Wurzel von der der Gleichung (8′) nicht sehr verschieden seyn kann.

Der Werth von V_1 wird wieder durch die Gleichung (9′) gegeben, worin man v statt v_1 setzen kann. Obgleich $v_2 = v_1$ gesetzt ist, so stimmt der Werth von V_2 doch nicht mit dem von V_1 überein, weil zu einer Freisprechung und zu einer Verurtheilung nicht dieselbe Stimmenmehrheit erfordert wird, und man hat:

$$V_2 = V_1 + 924\, v^6 (1-v)^6.$$

Von N Angeklagten wird die Anzahl der freigesprochenen, obgleich verurtheilbaren, ausgedrückt durch:

$$P = k_1 (1 - V_1) N, \qquad (13')$$

und die Anzahl der verurtheilten, obgleich freizusprechenden Angeklagten durch:

$$Q = (1-k_1)(1-V_2) N, \qquad (14')$$

welcher Ausdruck für $V_2 = 1$ verschwindet.

Wenn man diese Formeln auf die Criminalstatistik der 6 Jahre von 1825—30 anwendet, während welcher Zeit eine Verurtheilung bei der einfachen Stimmenmehrheit nur dann zulässig war, wenn sich die Majorität der 5 Richter, welche damals den Assisenhof bildeten, der Majorität der Geschworenen anschloß; so hat man $N = 42300$ und die Anzahl der Verurtheilten $= 25777$, welche Zahl aber nicht für $C + C'$ genommen werden kann, weil darunter nicht die Angeklagten vorkommen, bei welchen sich die Majorität des Assisenhofes der der Geschworenen nicht angeschlossen hat. Ferner gibt die Statistik dieser Periode die Zahl C' nicht direct, und man kann sie daher nur vermittelst einer Hypothese indirect bestimmen. Aus unsern, in dieser Beziehung angestellten Berechnungen ergibt sich: $c + c' = 0{,}621$, $c' = 0{,}071$, $c = 0{,}550$.

Für die 4 Jahre von 1832—35, während welcher das Gesetz vom 4. März 1831, wonach bei einer Verurtheilung eine Majorität von mehr als 7 Stimmen erfordert wurde, und der neue Code pénal galt, wonach den Geschworenen die Forderung der Berücksichtigung der Milderungsgründe gestattet war, hat man $N = 28702$, $C = 17116$, woraus $c = 0{,}596$ folgt. Hieraus muß man schließen, daß die Befugniß der Geschwornen, die Berücksichtigung der Milderungsgründe zu fordern, und die übrigen Milderungen der Strafgesetzgebung das Verhältniß c ungefähr um 0,046 vergrößert haben.

Nach dem Gesetze vom 9ten September 1835 können die Geschworenen ihre Stimme versiegelt abgeben, und es ist zu einer Verurtheilung blos die einfache Stimmenmehrheit erforderlich; aber die Majorität des Assisenhofes kann ein bei der einfachen Stimmenmehrheit gefälltes Verdammungsurtheil aufheben, und die Geschworenen sind verpflichtet, anzugeben, ob das Urtheil bei der einfachen

Stimmenmehrheit ausgesprochen ist. Die Comptes généraux etc. der unter dieser letzten Criminalgesetzgebung verflossenen 5 Jahre von 1836 — 40 geben die Zahlen C' unmittelbar, und man hat für diese Periode die in der folgenden Tafel enthaltenen Resultate:

Jahre.	(N). Anzahl der Angeklagten wegen Verbrechen.			(C + C'). Anzahl der Verurtheilten wegen Verbrechen.			(C). Anzahl der bei der einfachen Stimmenmehrheit Verurtheilten wegen Verbrechen.		
	gegen Personen.	gegen Sachen.	ohne Unterscheidung.	gegen Personen.	gegen Sachen.	ohne Unterscheidung.	gegen Personen.	gegen Sachen.	ohne Unterscheidung.
1836	2072	5160	7232	1132	3491	4623	71	150	221
1837	2141	5953	8094	1114	4003	5117	68	121	189
1838	2189	5825	8014	1229	3932	5161	82	114	196
1839	2256	5602	7858	1275	3788	5063	66	166	232
1840	2108	6118	8226	1233	4243	5476	60	125	185
Summen.	10766	28658	39424	5983	19457	25440	347	676	1023

Hieraus ergibt sich für diese 5 Jahre und für die Totalreihe der Angeklagten ohne Unterscheidung der Art des Verbrechens:

$$c + c' = 0{,}645,\ c' = 0{,}026,\ c = 0{,}619.$$

Der Werth der Zahl c. hat bei dem Uebergange von der zweiten Periode zur dritten, wie bei dem von der ersten zur zweiten zugenommen, und der Werth von c' ist viel kleiner, als der für die Periode vor 1831 berechnete Werth, so daß man annehmen könnte, daß die Geschworenen unter der frühern Gesetzgebung oft übereingekommen sind, ihr Urtheil bei der einfachen Stimmenmehrheit abzugeben, wenn sie zweifelhaft waren, um auf diese Weise das Urtheil und die Verantwortlichkeit dem Assisenhofe zuzuschieben.

Wenn man in der Gleichung (8′) setzt:

$$c = 0{,}619,\ c' = 0{,}026;$$

so ergibt sich daraus für die eine Hypothese $v_2 = 1$:

$$v = 0{,}816,\ \text{folglich}\ V_1 = 0{,}987,\ k_1 = 0{,}653. \quad (15')$$

Hiernach gibt die Gleichung (13′) für diese fünfjährige Periode die Anzahl der freigesprochenen, obgleich verurtheilbaren Angeklagten $P = 335$, indem die Gesammtzahl der freigesprochenen Angeklagten 13984 betrug.

Die andere Voraussetzung $v_1 = v_2 = v$ gibt $v = 0{,}817$, was von dem vorhergehenden Werthe für v_1 bei Bestimmungen dieser Art nur um eine unbedeutende Größe verschieden ist. Dieselbe Bemerkung ist auch auf den Werth von k_1, welcher $= 0{,}652$ wird, anwendbar. Ferner erhält man $V_2 = 0{,}997$, woraus sich nach der Gleichung (14′) die Anzahl der verurtheilten, obgleich freizusprechenden Angeklagten $Q = 41$ ergibt, indem die Gesammtzahl der Verurtheilten $= 25440$ war. Hierbei darf man aber die weiter oben näher angegebene Bedeutung der Worte verurtheilbar und freisprechbar

nicht vergessen, und namentlich muß man sich hüten, die freisprechbaren mit den unschuldigen Angeklagten zu verwechseln. Aus den Comptes généraux etc. ergibt sich, daß in diesen fünf Jahren die Gesammtzahl der bei der einfachen Stimmenmehrheit verurtheilten Angeklagten 1023 betrug, und bei 20 derselben machte der Assisenhof von seinem ihm nach dem Gesetze von 1835 zustehenden Rechte Gebrauch. Von diesen 20 Angeklagten, welche von der Majorität der drei den Assisenhof bildenden Richter für freisprechbar erklärt wurden, sind 12 durch ein anderes Geschworenengericht freigesprochen und 8 wieder verurtheilt, ungeachtet des Einflusses, welchen das vorangegangene Erkenntniß des Assisenhofes auf die letzten Geschworenen ausüben mußte, und obgleich die Richter, wie die Geschworenen, um so nachsichtiger zu seyn pflegen, eine je längere Zeit bereits zwischen dem Verbrechen und der Verurtheilung verflossen ist.

Die vorhergehenden Resultate beziehen sich auf die Gesammtreihe der Angeklagten ohne Unterscheidung der Kategorien, und auf die Voraussetzung, daß die Ursachen des Irrthumes alle zufällig und unabhängig auf die einzelnen Geschworenen wirken. Wir haben bereits früher gesehen, wie man durch Vervollkommnung der Gerichtsstatistik, indem man die Gesammtreihe der Urtheile in immer mehr und mehr Kategorien eintheilt, den Einfluß der auf alle Richter wirkenden Fehlerursachen beseitigen kann.

In den Comptes généraux etc. werden die Angeklagten zunächst in zwei große Kategorien eingetheilt, je nachdem sie Verbrechen gegen Personen oder gegen Sachen begangen haben sollen. Jede dieser Kategorien läßt sich nach der Art des Verbrechens wieder in mehrere andere eintheilen, und ebenso kann man die Angeklagten nach dem Geschlechte, dem Alter rc. in verschiedene Kategorien bringen.

Der Kürze wegen wollen wir hier die Angeklagten nur in zwei Kategorien eintheilen, wovon die der ersten Kategorie Verbrechen gegen Personen, und die der andern Verbrechen gegen Sachen oder gegen das Eigenthum begangen haben sollen. Für die erste Kategorie gibt die vorhergehende Tafel:

$$c + c' = 0{,}556, \ c' = 0{,}032, \ c = 0{,}524,$$

und für die zweite Kategorie gibt diese Tafel:

$$c + c' = 0{,}679, \ c' = 0{,}024, \ c = 0{,}655.$$

Wenn wir die Buchstaben v, k &c. mit einem, oder mit zwei Akzenten unterscheiden, je nachdem sie sich auf die erste oder auf die zweite Kategorie beziehen; so haben wir zunächst in der Voraussetzung $v_2' = v_2'' = 1$ die Werthe:

$$v_1' = 0{,}796; \ v_1'' = 0{,}821;$$

woraus folgt:

$$V_1' = 0{,}979; \ k_1' = 0{,}568,$$
$$V'' = 0{,}989; \ k_1'' = 0{,}682.$$

Es ist zu bemerken, daß die beträchtlichen Unterschiede, welche die Werthe der Größen c, c' für die beiden Kategorien darbieten, auf das Element k_1 weit mehr Einfluß haben, als auf das Element v_1.

Wenn wir die Werthe von v_1, k_1 für die Gesammtreihe der Angeklagten vermittelst der vorhergehenden Werthe und der Formeln:

$$v_1 = k' \, v_1' + k'' \, v_1'', \ k_1 = k' \, k_2' + k'' \, k_1''$$

berechnen, worin k' das Verhältniß der Anzahl, der des Verbrechens gegen Personen Angeklagten zur Gesammtzahl der Angeklagten, und k'' das Verhältniß der Anzahl der des Verbrechens gegen das Eigenthum Angeklagten zu derselben Gesammtzahl bezeichnet; so erhalten wir:

$$k' = 0{,}2731, \ k'' = 0{,}7269;$$

woraus folgt:

$$v_1 = 0{,}814, \quad k_1 = 0{,}651.$$

Vergleichen wir diese Werthe mit den Werthen (15′), so zeigt sich eine sehr geringe Differenz, so daß man die mittlern Werthe der Elemente v_1, k_1 für die Gesammtreihe der Angeklagten als mit einer hinreichenden Genauigkeit bestimmt betrachten kann, ohne daß man die Anzahl der Kategorien zu vergrößern braucht.

Ferner hat man:

$$P = 127, \quad P'' = 215,$$

woraus folgt:

$$P' + P'' = 342,$$

was sehr wenig von dem Werthe $P = 355$ für die Gesammtreihe der Angeklagten verschieden ist.

Nach der bereits gemachten Bemerkung können wir ohne merklichen Fehler, oder vielmehr bis auf einen Fehler, welcher von derselben Ordnung ist, als die, welche bei den statistischen Daten stattfinden können, in der andern Voraussetzung:

$$v_1' = v_2' = v', \quad v_2'' = v_2'' = v''$$

die Werthe von v_1', v_1'', k_1', k_1'' für die von v', v'', k', k'' nehmen, und alsdann ergibt sich:

$$V_2' = 0{,}996, \quad V_2'' = 0{,}998,$$

woraus folgt:

$$Q' = 19, \quad Q'' = 18, \text{ also } Q' + Q'' = 37,$$

statt des für die Gesammtreihe gefundenen Werthes $Q = 41$. Es wird also von 1000 Angeklagten höchstens einer verurtheilt, welcher freisprechbar war, d. h. nach unserer Definition, obgleich die Wahrscheinlichkeit der Verurtheilung für diesen Angeklagten kleiner als $^1/_2$ ist. Von dieser kleinen Anzahl verurtheilter, obgleich freisprechbarer Angeklagter muß man jedoch annehmen, daß die meisten

wirklich schuldig waren; allein wir haben kein Mittel, die Wahrscheinlichkeit dieser Schuld auch nur näherungsweise zu bestimmen. Andererseits kommen in dieser Kategorie der verurtheilten Angeklagten, obgleich sie freisprechbar waren, nicht nothwendig alle die Angeklagten vor, welche haben verurtheilt werden können, obgleich sie unschuldig sind; denn es ist leider nicht unmöglich, daß für einige unschuldige Angeklagte die Wahrscheinlichkeit einer Verurtheilung über $^1/_2$ steigt, und sich sogar der Einheit sehr nähert; allein die Rechnung kann hierüber nichts bestimmen.

Der Gesichtspunkt, aus welchem der Gesetzgeber die Organisation der Tribunale betrachtet, ist im Grunde derselbe, wie der, aus welchem sie der Mathematiker betrachtet, obgleich gewisse Gesetzgeber die Anwendung der Wahrscheinlichkeitsrechnung auf die Gerichtsstatistik für unzulässig gehalten haben. Denn der Gesetzgeber beschäftigt sich nur mit den mittlern und allgemeinen Resultaten des Systemes, welches er einrichten will, und der Mathematiker weiß, daß seine Formeln nur dann Werth haben, wenn sie auf große Zahlen angewandt werden, ohne auf einen speciellen Fall anwendbar zu seyn. Der Gesetzgeber muß die Gerichtsstatistik befragen, wenn er wissen will, ob sich seine Vorherbestimmungen bestätigen, und ohne diese Statistik sind auch die Formeln des Mathematikers steril, oder wenigstens lassen sich daraus nur einige allgemeine Sätze, aber keine Zahlenresultate ableiten. Der Gesetzgeber weiß, oder muß wissen, daß auch bei der besten Einrichtung der Gerichte Fehlgriffe stattfinden können, so daß ein Unschuldiger verurtheilt und ein Schuldiger freigesprochen werden kann, und es ist eben eine Hauptaufgabe der Gerichtsstatistik und der Anwendung der Wahrscheinlichkeitsrechnung auf dieselbe, dasjenige System ausfindig zu machen, bei wel-

chem diese Mängel so viel als möglich vermieden werden. Es haben sich zwar mehrere Gelehrte, unter denen wir hier namentlich den bekannten Philosophen Jacob Fries anführen müssen, gegen die Möglichkeit und Zulässigkeit einer mathematischen Theorie der Urtheile in Civil= und Criminalprozessen erklärt; allein wir glauben, daß sich jeder, welcher das Vorhergehende genau aufgefaßt hat, wozu, wie schon bemerkt, blos die Kenntniß der ersten Grundlehren der Arithmetik und der Wahrscheinlichkeitsrechnung und einige Aufmerksamkeit erfordert wird, vom Gegentheile überzeugt haben wird — so wie überhaupt fast alle Einwürfe, welche Fries gegen die Prinzipien der Wahrscheinlichkeitsrechnung und deren Anwendungen macht, nichts als grundlose Behauptungen sind, wie wir an einem andern Orte näher nachweisen werden.

XII.

Zur Begriffsbestimmung des Verbrechens der Widersetzung gegen die Obrigkeit

von

Herrn A. Kitz,

Großherzogl. Oldenb. Hofrathe und Mitgliede der Regierung zu Birkenfeld.

Wenn die Gewalt in ihrer Anwendung gegen Private zu der Rechtsordnung, die im Staate herrschen soll, in einem solchen Gegensatze steht, daß sie schon ihrer Form nach ein Delict bildet; so muß sie da, wo sie nicht blos diese Rechtsordnung verletzt, sondern auch gegen deren Bedingungen sich richtet, zu einer Potenz sich erheben, die einen von der Strafbarkeit der sonstigen Gewaltthätigkeit wesentlich verschiedenen Charakter annimmt. Die neueren Gesetzbücher haben daher mit Recht aus dem crimen vis das Verbrechen der Widersetzung gegen die Obrigkeit als besonderes Delict ausgeschieden. Die Begriffsbestimmung dieses letzteren veranlaßt aber in der Praxis zu manchen von der Gesetzgebung und Doctrin noch unvollständig gelöseten Zweifeln, zu deren Verständnisse beizutragen oder es auch nur zu veranlassen, bei der Häufigkeit dieses Ver-

brechens und der hohen Strafe, die dabei auf dem Spiele steht, auch der geringste Versuch nicht von der Hand zu weisen seyn dürfte; da mit den neuern Abhandlungen über diesen Gegenstand von v. Jagemann und Zachariä[1]) die Acten noch nicht als geschlossen betrachtet werden können.

Welcher Fall z. B. ist wohl häufiger, als der: daß ein halbbetrunkener oder sonst aufgeregter Mensch dem aus irgend einem Grunde ihn arretirenden Polizeidiener nicht willig folgt, sondern remonstrirend und sich sträubend denselben von sich abzuhalten, etwa mit vorgestrecktem Arme zurückzuschieben bemüht ist. Der Eine findet hierin das Verbrechen der Widersetzung, weil dieses Verbrechen in der Anwendung physischer Kräfte oder in jeder positiven Thätigkeit zur Behauptung des Ungehorsams bestehe[2]) und hier der Angeschuldigte nicht blos durch das passive Beharrungsvermögen seines Körpers, sondern durch die physische und positive Thätigkeit, die er in seinem den Polizeidiener zurückschiebenden Arme entwickelte, seine Fortführung zu verhindern suchte. Der Andere sieht darin nur den körperlichen Ausdruck des Ungehorsams, eine bloße Gesticulation des Widerstrebens, zu dessen Ueberwindung der Polizeidiener eben da sey. Ein Dritter nimmt die Widersetzung vielleicht blos deßhalb nicht an, weil es an einer besonderen obrigkeitlichen Verfügung, wofür die allgemeine Dienst-Instruction des nur als obrigkeitlichen Diener zu betrachtenden Officianten nicht gelten könne, hier ganz fehle; oder weil er gar die Befugniß des Polizeidieners zu der vorgenommenen Arrestation überhaupt oder doch im vorliegenden Falle bezweifelt.

Die Frage: ob die Widersetzung gegen obrigkeitliche Diener durch eine specielle obrigkeitliche Verfügung bedingt

---

1) Archiv 1842. XXII. 1843. III. XV.

2) Feuerbach peinl. Recht §. 201. Bauer Lehrbuch §. 337.

sey? kann, wie hier vorab zu bemerken, wohl nur noch nach dem Baierischen und Oldenburgischen Strafgesetzbuche Art. 317 (322) aufgeworfen werden. Nachdem nämlich daselbst unmittelbar vorher von der Widersetzung gegen obrigkeitliche Personen gehandelt ist, heißt es in diesem Artikel: „Wer in der Person obrigkeitlicher Diener, oder einer obrigkeitlich beorderten Militairperson, Schildwache oder Patrouille, sich einer Verfügung der Obrigkeit widersetzt, ist ebenso zu strafen, als wäre seine Gewalt unmittelbar wider die obrigkeitliche Person selbst gerichtet gewesen.“ Nun fragt man, ob hier unter einer Verfügung der Obrigkeit auch der allgemeine Auftrag an einen öffentlichen Diener verstanden werden könne, welcher in der seine Dienstpflichten normirenden Instruction liege? Diese Frage wird häufig bejaht, weil eine allgemeine Dienst-Instruction eben so wenig wie das Gesetz Gegenstand der Widersetzung seyn könne, sondern die das Gesetz handhabenden Personen es seyen, welche des besondern Schutzes bedürfen, und dieser Schutz auch den eine allgemeine Dienst-Instruction ausführenden Dienern nicht entzogen werden könne; wie denn auch in den Anmerkungen zum Baierischen Strafgesetzbuche ad art. 317 überhaupt von der Unverletzlichkeit der Personen bei Amtshandlungen ausgegangen werde[3]). — Allein es handelt sich hier ja blos darum: ob die Widersetzung nothwendig die Anordnung oder Verfügung einer obrigkeitlichen Person im Gegensatze des obrigkeitlichen Dieners voraussetze; ohne daß man dann dabei weder auf den mehr oder weniger umfassenden Inhalt einer solchen obrigkeitlichen Anordnung, noch auch darauf einzugehen hat, ob der obrigkeitliche Diener, welcher sie ausführt, dies in besonderem Auftrage, oder ohne

---

3) Vgl. Archiv für die Praxis des Rechts im Großherzogthum Oldenburg Bd. 2. S. 177 — 179.

solchen vermöge seiner allgemeinen Dienst-Instruction thue. Daß aber eine obrigkeitliche Verfügung und zwar eine solche, die von einer obrigkeitlichen Person ausgegangen ist, nach dem wortdeutlichen Inhalte der Art. 315 und 317 des Baierischen Strafgesetzbuches und den Anmerkungen S. 51 als Gegenstand der Widersetzung erfordert werde, läßt sich ja doch gar nicht in Abrede stellen; und wenn daher z. B. ein Feld- und Waldhüter lediglich auf den Grund seiner vom Landesherrn erlassenen Dienst-Instruction Vieh einschüttet, so kann diese seine eigne Handlung, als die eines obrigkeitlichen Dieners, diejenige Verfügung der Obrigkeit nicht darstellen, gegen welche die gewaltthätige Widersetzung nach Art. 317 „ebenso gestraft werden soll, als wäre die Gewalt unmittelbar wider die obrigkeitliche Person selbst gerichtet gewesen"; und seine Dienst-Instruction als eine allgemein publicirte und sonst jedermann, soweit es ihn angeht, bindende gesetzliche Anordnung kann, wie jenseits zugegeben, und auch deßhalb als solche noch weniger gelten, weil man sonst den Landesherrn als die obrigkeitliche Person, welche der Art. 317 zur Bestimmung der Strafbarkeit der an deren Dienern begangenen Widersetzung ausdrücklich voraussetzt, betrachten, und also eine thätliche Mißhandlung des Feldhüters in diesem Falle als Majestätsverbrechen mit dem Tode bestrafen müßte. Auch läßt sich die gleiche Strafbarkeit der Widersetzung gegen den Diener und der Widersetzung gegen die obrigkeitliche Person nur daraus vertheidigen, daß das Baierische Strafgesetzbuch blos den Fall im Auge hat, wo der erstere nicht in einer von ihm propria auctoritate ausgehenden Amtshandlung begriffen ist, sondern die Verfügung der obrigkeitlichen Person ausführt; denn dann bleibt diese Verfügung als der Gegenstand der Widersetzung bei beiden dieselbe, und das Recht der P e r s o n auf Integrität des Körpers ist bei einem Menschen nicht größer als bei dem

andern: während es sich sonst gar nicht erklären ließe, wie die Widersetzung wider einen Polizeidiener, der bis zur Polizeistunde mit lustigen Kumpanen in der Dorfschenke gezecht hat, nun aber, von seinem Branntweinsglase zur Amtsmiene sich erhebend, Feierabend bietet, mit der Widersetzung gegen das Staatsministerium in der wichtigsten Angelegenheit auf gleicher Linie der Strafbarkeit stehen sollte.

Vom allgemeinen criminalistischen Standpunkte aus kann die Frage freilich wohl kaum zweifelhaft seyn. Denn wenn man auch die Nothwendigkeit des Schutzes der Personen der öffentlichen Functionen nicht ganz allgemein an die Spitze stellen will, sondern die obrigkeitliche Anordnung als den eigentlichen Gegenstand der Widersetzung und den entfernteren Grund dieses persönlichen Schutzes festhält; so liegt ja ein solcher amtlicher Act auch in der Handlung des Feldhüters wirklich vor, der in Anwendung gesetzlicher Bestimmung die Einschüttung von Vieh propria auctoritate beschließt und ausführt; und es ist daher kein Grund einzusehen, warum das Baierische Strafgesetzbuch blos die Verfügung einer obrigkeitlichen Person im Gegensatze des obrigkeitlichen Dieners als Gegenstand der Widersetzung betrachtet.

Die neueren Strafgesetzbücher beziehen daher mit Recht den Begriff des Verbrechens auch auf die Amtshandlungen der Unterbedienten, ohne Unterschied, ob dieselben im unmittelbaren Auftrage eines Vorgesetzten handeln oder nicht; indem sie zugleich die Strafbarkeit nach dem angemessenen Verhältnisse abstufen [4]). Dagegen ist

---

4) Vergl. Hannoversches St. G. B. Art. 159. Sächs. St. G. B. Art. 105. 106. Braunschweig. St. G. B. §. 113. Das Hannoversche St. G. B. enthält im Art. 158 ebenfalls die Bestimmung des Baierisch. St. G. B. Art. 317: daß, wer sich der Verfügung der Obrigkeit in der Person ihrer Unterbedienten

die Begriffsbestimmung des hier fraglichen Verbrechens in folgenden erheblicheren Beziehungen auch nach den neueren Strafgesetzgebungen nicht außer Zweifel:

I. rücksichtlich des Merkmals der Gewalt, womit die Widersetzung auftreten muß;

II. was die Frage des Erfordernisses der Gesetzlichkeit derjenigen obrigkeitlichen Anordnung anbetrifft, die den Gegenstand der Widersetzung abgeben soll.

Ad. I. Wollten wir den Begriff der Gewalt nach der Seite verfolgen, wonach die Gewalt oder der Zwang im Gegensatze zur Freiheit, als ungehörige Einwirkung auf den fremden Willen, überhaupt in der Rechtswissenschaft eine so umfassende Bedeutung behauptet; so müßten wir natürlich weit tiefer greifen, als hier beabsichtigt und für den vorliegenden Zweck nöthig ist. Der in der Gewalt sich bethätigende Eingriff in die äußere Willenssphäre des Andern ist unstreitig die Hauptseite ihres Wesens, und wollte man daran ausschließlich festhalten, so müßte man mit Hegel[5]) schon jede Nichterfüllung einer obligatio Gewalt nennen. Allein dies ist weder der ge-

---

widersetzt, eben so zu bestrafen sey, als wäre seine Gewalt wider die obrigkeitliche Person selbst gerichtet, und handelt dann gleichwohl noch im Art. 159 von der Bestrafung desjenigen, welcher sich den Unterbedienten, Land-Gensdarmen u. s. w. in der Ausübung ihrer Amtsverrichtungen widersetzt. Dieser letztere Artikel wäre überflüssig, wenn nach der vorhergedachten, meines Erachtens irrigen, Ansicht die Widersetzung wider einen obrigkeitlichen Diener, der nicht eine obrigkeitliche Verfügung, sondern nach seiner allgemeinen Dienst-Instruction, eine eigene Amtshandlung ausführt, schon nach dem Art. 317 des Baierischen St. G. B. bestraft werden könnte.

5) „Verletzung eines Vertrags durch Nichtleistung, oder der Rechtspflichten gegen die Familie, Staat, durch Thun oder Unterlassen ist in sofern erster Zwang oder wenigstens Gewalt, als ich ein Eigenthum, das eines Andern ist, oder eine schuldige Leistung demselben vorenthalte oder entziehe." Grundlinien der *Philosophie des Rechts* §. 93.

meine noch auch der Sprachgebrauch des positiven Rechts, wonach in dem Begriffe der Gewalt das in ihr noch liegende andere rein physische Element zugleich mit befaßt und festgehalten wird: und für den vorliegenden Zweck — um die Widersetzung nach der in ihr liegenden Gewalt von dem bloßen Ungehorsam zu unterscheiden — ist es nur dieser physische Ausdruck der Gewalt, welcher hier hauptsächlich in's Auge gefaßt werden muß. Auch diejenige weitere Bedeutung der Römischen vis, worin dieser Ausdruck von jeder Handlung gebraucht wird, die man gegen den Willen des Andern vornimmt[6]) und worin die ungehörige Einwirkung auf den fremden Willen, wenn auch nicht so allein[7]), doch ebenfalls vorherrscht, ist, wenn schon nach Römischem Rechte bei dem crimen vis nicht anwendbar[8]), sicher von unsern neueren Strafgesetzbüchern bei der Widersetzung nicht zur Grundlage genommen worden; wie sie denn unserem deutschen Ausdrucke „Gewalt" eben so wenig entspricht.

Um die Gewalt, abgesehen von dem bestimmten Zwecke, wozu, und dem Gegenstande, gegen den sie angewandt wird — in welcher so allgemeinen Abstraction sie denn freilich wie Schwere, Bewegung u. s. w. eigentlich einen von der Jurisprudenz zu definirenden Begriff gar nicht mehr bildet — gleichwohl hier vorläufig zu bezeichnen, wird für den vorliegenden Zweck die Amplification genügen: daß sie in der Anstrengung physischer Kräfte zur

---

6) v. Savigny Recht des Besitzes §. 37.

7) Da irgend eine positive physische Einwirkung doch immer erfordert wird, wenn auch die das interdictum uti possidetis begründende vis schon z. B. blos in der Hervorbringung eines ungebührlichen Rauchs bestehen kann. L. 8. §. 5. Si serv. vind. 8. 5.

8) Wächter Archiv XI. Nr. 22. XIII. S. 375.

Ueberwindung eines Widerstandes besteht[9]). Ist nun das Verhalten der bei der Widersetzung auftretenden Gewalt nach jenen eben gedachten beiden Beziehungen näher zu bestimmen, so besteht

1. der Zweck, zu dessen Erreichung die Gewalt hier angewandt wird, im Allgemeinen in der Hervorbringung einer der amtlichen Wirksamkeit der Obrigkeit in einem bestimmten Falle entgegengesetzten Wirkung. Weiter läßt sich dieser Zweck aber nicht fassen, und die Ausübung der Rache wegen einer obrigkeitlichen Verfügung, welche das Baierische, Oldenburgische, Hannoverische Strafgesetzbuch in den Begriff der Widersetzung mit aufnehmen, kann mit demselben zu einer Einheit nicht verbunden werden; sondern es ist dies ein, ihm aus einer andern, wenn gleich verwandten Rücksicht auf die persönliche Sicherheit obrigkeitlicher Personen hinsichtlich ihrer Amtshandlungen, beigegebener, aus ihm selbst nicht zu entwickelnder Zusatz, nach welchem auch derjenige, der die von ihm nicht abzuwendende Ausführung einer obrigkeitlichen Anordnung auf das bereitwilligste sogar noch unterstützt, hinterher aber Rache genommen hätte, wegen Widersetzung bestraft werden könnte[10]). Man müßte schon den Begriff der Widersetzung, um die Rache mit darunter zu bringen, auf alle gewaltthätige Handlungen ausdehnen, welche der Wirksamkeit der Obrigkeit nicht in einem vorliegenden Falle entgegentreten, sondern überhaupt und für künftige Fälle einen nachtheiligen Einfluß auf sie äußern. Dann ge-

---

9) Feuerbach peinl. Recht §. 201 bezeichnet bei der Widersetzung die Gewalt als „Gebrauch oder Androhung des Gebrauchs physischer Kräfte". Eberhard synonymisches Handwörterb. sub voc. Gewalt sagt: Die physische Macht geben einem Dinge seine Kräfte, und sie heißt Gewalt, wenn diese angewendet wird, einen Widerstand zu überwinden.

10) Vergl. auch v. Jagemann im Archiv 1842. S. 512 Note 43.

langte man aber zu dem vagesten aller Verbrechen und müßte auch den Beamten, der sich im Privatleben zu einer Gewaltthätigkeit hinreißen ließe, die seinem amtlichen Ansehen schadete, wegen Widersetzung gegen die von ihm selbst repräsentirte Obrigkeit bestrafen. Davon wird hier also abgesehen.

Die amtliche Wirksamkeit bethätigt sich sowohl im positiven Handeln als im Unterlassen, da dieses letztere in jedem vorliegenden Falle nicht minder auf einem Acte der amtlichen Reflexion beruht als das erstere. Wer also die Obrigkeit zu einer Amtshandlung nöthigt, hemmt ihre Wirksamkeit eben so sehr, als wer sie entweder ganz davon abzuhalten sucht oder darin fortzufahren hindert. In diesen beiden Handlungsweisen ist aber auch die ganze Explication des hier zu bezeichnenden Zwecks der in der Widersetzung auftretenden Gewalt erschöpft. — Nun sollte man denken, daß in keiner von beiden die Erkennbarkeit der Gewalt in ihrem äußeren Hervortreten als das auf diesen Zweck gerichtete Mittel mit einer besondern Schwierigkeit verbunden seyn könne; die Thatsache, daß ein Beamter in seiner freien amtlichen Bewegung durch ein von außen auf ihn einwirkendes Hinderniß aufgehalten wird, müsse, scheint es, doch als die Wirkung einer sofort in die Sinne fallenden handgreiflichen Ursache sich darstellen. — Und so ist es auch — nur mit Ausnahme einer einzigen, aber zugleich auch der häufigsten Situation; des Falles nämlich, wo die amtliche Thätigkeit in dem Stadium der Execution sich geltend macht und hier auf ein ihr entgegengesetztes Hinderniß stößt. Man faßt den Begriff der Widersetzung zu enge, wenn man dieselbe überhaupt nur als die thätige Behauptung des Ungehorsams definirt[11]); denn da, wo eine Obrigkeit zu einer Amts-

11) Wie namentlich Feuerbach peinl. Recht §. 201 und Bauer Lehrb. §. 337, obwohl Letzterer in dem gleich folgenden §. beim

handlung genöthigt wird, in der ersteren der obigen beiden Gewaltanwendungen, tritt man zwar dem Willen derselben entgegen; aber ein obrigkeitlicher Befehl als der Gegenstand und die Bedingung des Ungehorsams liegt doch nicht vor. In dem Stadium der Execution ist es aber allerdings immer der Ungehorsam, dem die Widersetzungsgewalt sich dienstbar macht.

Wir gelangen damit also zu einem weiteren Begriffe und einer ferneren juristischen Seite, nach welcher die Gewalt zu bestimmen ist. Außerdem haben wir aber jetzt sofort nicht mehr blos mit einer Gewalt, der des Widersetzenden, zu thun; sondern müssen auch diejenige, welche der Arm des Vollstreckungs-Beamten entwickelt, mit aufnehmen: und findet sich nun, wie gleich zu zeigen, daß auch in jedem Ungehorsam schon an sich und abgesehen von der zu seiner Behauptung hinzutretenden Gewalt eine gewisse physische Kraft angetroffen wird, welche eben von der vollstreckenden Gewalt überwunden werden soll; so ist es nicht zu verwundern, wenn in dieser Verbindung die Grenzen in concreto oft so in einander laufen, daß es schwer wird, zu sagen, wo der Ungehorsam aufhört und die Widersetzung anfängt. — Der Ungehorsam scheint mit der die Widersetzung charakterisirenden Gewalt auf den ersten Blick nichts gemein zu haben. Er berührt in der Regel auch das Gebiet des Strafrichters gar nicht, und wenn er auch in einzelnen gesetzlich bestimmten Fällen, z. B. in dem vom Baierischen Strafgesetzbuche Art. 412, gleichwohl unter Widersetzung, aufgeführten Falle, da jemand dem obrigkeitlichen Befehle seine Wohnung zu öffnen nicht Folge leistet; und wo besondere Dienstpflichten durch den Ungehorsam verletzt werden — mit einer gesetzlichen

Aufruhr zwischen der Behauptung im Ungehorsam und der *Nöthigung* zu einer Amtshandlung unterscheidet.

Strafe bedroht ist, also auch zum Delicte wird; so tritt er darum der Widersetzung seinem Wesen nach um keinen Schritt näher. Allein wenn auch, wie vorher bemerkt, nicht jede Widersetzung einen Ungehorsam in sich schließt; so trägt doch der Ungehorsam, abgesehen von der Gewalt, alle Merkmale der Widersetzung an sich.

Aber auch von der Gewalt ist ein Element in ihm; und in diesem beruht die einzige Schwierigkeit der Frage.

Der Ungehorsam besteht in einem dem obrigkeitlichen Befehle entgegengesetzten Verhalten, welches entweder ein positives Handeln oder Unterlassen ist. Die Aufgabe der Executiv-Gewalt ist es, diesen Widerstreit dadurch zu heben, daß sie das Verhalten des Ungehorsamen in die umgekehrte, dem obrigkeitlichen Befehle entsprechende Richtung bringt. Der Ungehorsam ist ein Ausfluß des Willens; es kann daher zunächst versucht werden, durch das psychologische Mittel der vorgängigen Androhung einer Executiv-Maßregel auf diesen einzuwirken; und gelingt dieser Versuch, so kommt es gar nicht zur wirklichen Anwendung der Vollstreckungsgewalt, also zu dem hier in Frage stehenden Conflicte des Ungehorsams mit dieser. Gelingt dieser Versuch aber nicht, so läßt sich der freie und unkörperliche Wille weder überhaupt zwingen, noch auch kann man ihm durch körperliche Mittel ankommen, die der Staatsgewalt dann doch nur noch zu Gebote stehen. Diese letztere kann daher nur gegen seine in die Sinne fallenden Aeußerungen sich richten, und diese stehen unter denselben Naturgesetzen, unter welchen auch sowohl die Executiv-Gewalt des Staates, als die in der Widersetzung hinzutretende Gewalt erscheinen und wirken. Allein diesen drei Factoren, die zu dem Producte des Verbrechens der Widersetzung hier zusammen wirken, liegt also ein gemeinsames physisches Element zum Grunde; und diese Gemeinschaft ist es eben, welche es erschwert, dieselben in der

Praxis in ihrer concreten Unterschiedenheit aus einander zu halten.

Die in dem Ungehorsam zu überwindende physische Kraft liegt bei dem positiven Handeln des Ungehorsamen in diesem selbst, z. B. in den Beinen des dem Polizeidiener, auf dessen Weisung ihm zum Arresthause zu folgen, davonlaufenden Arrestanten; bei dem Unterlassen ist es mindestens die Eigenschaft der Materie, ihren Zustand ohne äußere Ursache nicht zu verändern, die Trägheit oder das Beharrungsvermögen, welche überwunden werden soll; sey es nun in dem menschlichen Körper selbst, wenn dieser z. B. bei der gewaltsamen Fortschleppung eines Arrestanten unmittelbar einem Zwange unterworfen wird; oder in den körperlichen Dingen, welche die Executiv-Gewalt ergreift, um an oder mit ihnen selbst unmittelbar das auszuführen, was der Ungehorsame verweigert, z. B. bei der anbefohlenen Ueberlieferung einer Sache, der Pfändung zur Beitreibung von Geldschulden, oder einer Brüche[12]).

Liegt demnach in allen Fällen schon in dem bloßen Ungehorsam eine von der Execution zu überwindende physische Kraft, so kann diese nicht schon die die Widersetzung charakterisirende Gewalt seyn; sondern sie muß, damit sie dies werde, noch einen Zuwachs erhalten: und dieser Zusatz ist es also, welcher in dem Verbrechen der Widersetzung das Merkmal der Gewalt ausmacht. Aber damit sind wir auch mit unserer Deduction zu Ende; weiter läßt sich die die Widersetzung charakterisirende Gewalt in thesi nicht determiniren.

Das in dem Ungehorsam hervortretende physische Element und die Gewalt bei der Widersetzung sind demnach

---

12) Die Brüche kann als Executionsmittel auch gegen den in einem positiven Handeln bestehenden Ungehorsam angedroht werden, aber die Nichteinzahlung derselben, auf den in der Androhung liegenden hypothetischen Befehl bezogen, stellt, für *sich betrachtet*, einen passiven Ungehorsam dar.

nicht als qualitativ verschieden, sondern als gleichartige Größen erkannt worden, die in concreto zu einer Summe zusammenfließen, welche uns zunächst als Ganzes erscheint. Um nun herauszubringen, ob dieses in einem vorliegenden Falle die der Widersetzung angehörige Gewalt in sich enthalte, giebt es keine andere bestimmte Größe, als die obrigkeitliche Verfügung und die darin vorgeschriebene auf ein positives Thun oder Unterlassen gerichtete Handlungsweise, nach welcher das im Ungehorsam zur Erscheinung zu kommende Verhalten als die bloße Verneinung und Abwesenheit dieser letzteren sich bestimmen und die dazu erforderliche Kraft dann sich bemessen läßt; geht nun die in concreto wirklich zur Anwendung gekommene Gewalt darin ganz auf, so liegt ein bloßer Ungehorsam vor; bleibt ein Rest, so bildet dieser die Widersetzung.

Wir haben also, was

2. den Gegenstand anbetrifft, an welchem die Gewalt unmittelbar ausgeübt werden muß, nur noch zu bemerken, daß nur die Personen der öffentlichen Functionäre, nicht aber Sachen diesen Gegenstand bilden. Wenn schon das crimen vis nicht auch an Sachen begangen werden kann [13]), so ist dies beim Verbrechen der Widersetzung gegen die Obrigkeit im Sinne unserer neueren Strafgesetzbücher wohl außer allem Zweifel.

Der vorstehenden Bestimmung der die Widersetzung im Gegensatze zum bloßen Ungehorsam charakterisirenden Gewalt liegt also die Unterscheidung zwischen passivem und activem Widerstande, womit man sonst gewöhnlich diesen Gegensatz zu treffen sucht, nicht zum Grunde. Diese Unterscheidung scheint zur Bezeichnung des fraglichen

---

13) Wächter im Archiv XI. Nr. 22. Mittermaier Not. 1 zu Feuerbach §. 400.

Gegensatzes auch wenig geeignet zu seyn. Denn wo der obrigkeitliche Befehl auf ein positives Thun gerichtet ist, kann der Ungehorsame, indem er gar nichts thut, freilich das Verbrechen der Widersetzung nicht begehen; aber wer einem obrigkeitlichem Befehle positiv entgegenhandelt, ein Verbot übertritt, ist doch ohne Frage nur ungehorsam; und wenn er nun, nachdem der Executor gegen ihn schon eingeschritten ist, blos hierin fortfährt, z. B. in dem Absingen eines Liedes, während der Polizeidiener ihn beim Zipfel zu fassen hat — also nichts weiter thut, als was er schon vorher that, so ist sein Ungehorsam, als Ungehorsam betrachtet, sicher ein activer; und von einem davon verschiedenen activen oder passiven Widerstande kann keine Rede seyn, wo eben nur ein Ungehorsam vorliegt. Das Positive der Widersetzung liegt in der über den bloßen Ausdruck des Ungehorsams hinausgehenden Gewalt, und die Negation, die Abwesenheit dieses Positiven, also die hierauf bezogene Passivität bildet nicht blos im Ungehorsame, sondern auch im Gehorsame wie in jedem andern Dinge den Gegensatz; aber davon abgesehen kann der Ungehorsam sowohl ein activer als passiver seyn. Auch sieht man nicht recht, wie diese Unterscheidung in einzelnen nach ihr beurtheilten Fällen zur Anwendung kommt. So z. B. rechnet Zachariä [14]) das Anklammern an der Person des Executors unter Umständen noch zum passiven Widerstande, während doch das Verhalten des Widerspenstigen hier offenbar als ein actives erscheint, nämlich eine unmittelbar auf den Körper des Executors einwirkende physische Kraft darin entwickelt wird. Will man aber unter dem activen Benehmen einen eigentlichen Gegenangriff verstehen, so liegt der Gegensatz nicht mehr in der Activität und Passivität des Un-

14) S. Archiv 1843. S. 348.

gehorsamen, da dieser, wenn er blos abwehrt, ja auch activ verfährt; sondern in dem offensiven und defensiven Verhalten, welches, weil es sich zwischen dem Executor und dem Widerspenstigen in jedem concreten Falle wie eine Schaukel hin und her bewegt, noch weniger für die Praxis zum Aufenthaltspunkte dienen kann und wofür die rechtliche Grundlage auch gar nicht einzusehen ist, da ja Gewalt sowohl in der einen wie in der andern Weise geübt wird.

Es bleibt daher nichts anderes übrig, als jene Unterscheidung ganz fahren zu lassen, und die Widersetzung, wie hier geschehen, lediglich 1) durch den im Executionsstadium von Seiten des Ungehorsamen entwickelten Zuwachs seiner im bisherigen Ungehorsame von ihm bethätigten physischen Kraft und 2) durch die Richtung derselben gegen die Person des Executors zu determiniren.

Hiernach wird man auch in der Praxis in den meisten Fällen wohl die Anhaltspunkte finden. Die zu verhaftende Person, welche regungslos stehen bleibt und sich über den Boden fortschleppen läßt, bleibt blos nach wie vor ungehorsam, weil sie eine weitere Kraft nicht entwickelt, als schon vorher in ihrer eigenen Schwere vorhanden war, und kann man daher mit v. Jagemann[15]) eine Widersetzung darin eben so wenig finden, wie der Annahme Zachariä's beitreten, daß der sich an der Person des Executors Anklammernde sich nicht widersetze.

Der Forstfrevler, welcher in dem v. Jagemann erzählten Falle die Säge, welche der Waldhüter ihm entreißen will, nicht fahren läßt[16]), entwickelt dagegen zwar eine größere Kraft, als diejenige, womit er vorher

15) Archiv 1842. S. 611.

16) Archiv 1843. S. 60.

die Säge festhielt; eben so der, welcher von dem, mit seiner Verhaftung beauftragten Gensd'armen sich losreißt, durch's Fenster springt und vielleicht auf dem davor stehenden eigenen Pferde des Gensd'armen davonsprengt: aber in beiden Fällen wird die Kraft nicht gegen die Person des Executors, sondern vielmehr von ihr ab gerichtet.

Indeß, wenn wir auch auf dem Wege solcher Scheidung der Begriffe für die Praxis zu einer Anwendung kommen können; so dürfte diese letztere doch von dem natürlichen Rechtssinne mit einigem Kopfschütteln aufgenommen werden, und, da ein anderes Resultat auf dem bisherigen Wege nicht möglich ist, die Frage aufzuwerfen seyn: ob denn in der Executions-Instanz die bloße Gewalt gegen die Person des Executors, wenn man sie rein auffaßt und nicht sofort den Begriff der Mißhandlung in sie hineinträgt — also z. B. die Handlung eines Mannes, welcher einen winzigen Polizeidiener, der ihn zu arretiren kommt, mit starkem Arme vor die Thüre setzt, ohne ihm im mindesten wehe zu thun — überall in das Gebiet des Strafrichters gezogen werden sollte?

Es liegt in der Natur der Dinge, daß sie in der Wirklichkeit nicht immer in der Unterschiedenheit vorkommen, worin wir sie in der Abstraction auseinander halten und subsumiren. So wird, wer anfangs vielleicht einen Augenblick regungslos stehen bleibt, sobald der Executor ihn faßt, diesen unwillkührlich wieder fassen; bei dem Kampfe des Forstfrevlers und Waldhüters um die Säge werden sich gegenseitige Stöße gar nicht vermeiden lassen. Soll nun in solchen Fällen nicht der doch offenbar mit Gewalt verbundene Widerstand des Renitenten, der die Säge aus allen Kräften festhält, oder der, um seine Fortführung zu verhindern, sich an einem Geländer mit größter Anstrengung anklammert, das Verbrechen der Widersetzung nicht begründen; aber dieses sofort entstehen, so-

bald die mindeste Berührung des Körpers des Executors hinzutritt? Worin liegt dafür der innere Grund? In der Tendenz, dem Willen der Obrigkeit entgegen sich zu verhalten, kann derselbe nicht liegen. Denn diese Tendenz, in solcher Allgemeinheit, ohne nähere Bestimmung des Eingriffs, kommt auch im Ungehorsame zur Erscheinung und soll hier eben nur durch den Staatszwang überwunden werden. Dasjenige Verhalten des Staatsbürgers, welches die Anwendung des Staatszwanges gegen ihn nöthig macht, begründet also noch keine Strafe; auch tritt diese noch nicht ein, wenn ein solcher Renitent während der Anwendung dieses Zwanges seinem der Obrigkeit entgegengesetzten Willen inhärirt und letzterem auch dadurch den Ausdruck giebt, daß er das, wie oben gezeigt, schon in dem bloßen Ungehorsame liegende physische Element gegen den Staatswillen geltend zu machen fortfährt. Kann nun dadurch, daß er dieses physische Element blos vermehrt — denn das ist ja nur die Gewalt — eine qualitative Verschiedenheit seiner Handlung hervorgebracht werden? Es scheint daraus doch nur zu folgen, daß in demselben Verhältnisse auch der gegen ihn angewandte Zwang vermehrt werden muß. Dies wird, wo die Gewalt an Sachen verübt wird, auch ja unbedenklich anerkannt; ein Gefangener, der ausbricht, wird wohl vielleicht wegen Eigenthumsbeschädigung, nicht aber wegen Widersetzung gegen die Obrigkeit bestraft. Ist aber das Bestreben den Staatszwang von sich abzuhalten hier, und also an und für sich, nicht verbrecherisch; so kann durch die in diesem Bestreben geschehene Berührung des Körpers des Executors, wenn sie an sich kein Verbrechen enthält, weder eine Mißhandlung noch Realinjurie ausdrückt, der Charakter der Peinlichkeit nicht hervorgebracht werden. Der Einwand, daß die Gewalt schon ihrer Form nach ein Verbrechen sey, weil jede Gewaltübung im Staate,

die seltenen Fälle erlaubter Selbsthülfe ausgenommen, nur vom Staate ausgehen solle [17]), ist da nicht am Platze, wo der Staat eben im Begriffe ist, gegen den Einzelwillen seinen Willen mit Gewalt durchzusetzen und jeden Widerstand niederzuschlagen, welcher letztere eben darum, weil er niedergeschlagen wird, die Rechtsordnung in der Executions-Instanz nicht mehr stören kann. Die allgemeine Strafbarkeit der Gewalt liegt selbstredend nicht in ihrem bloßen physischen Ausdrucke, sondern darin, daß dem Andern innerhalb seiner factischen oder rechtlichen Willenssphäre ein anderer Wille zum Gesetze seines Handelns aufgenöthigt wird, als der seinige, in der necessitas imposita contraria voluntati; davon aber kann bei einem Widerstande gegen die Executiv-Gewalt nicht die Rede seyn, wenn deren Wesen eben in der Aufgabe besteht, diesen Widerstand zu bekämpfen und trotz desselben dem Staatswillen Geltung zu verschaffen; so daß also diese Einwirkung auf den fremden Willen, wodurch die Gewalt strafbar wird, nur unter der Voraussetzung eintreten kann, daß die Executiv-Gewalt ihre Aufgabe nicht erfüllt: eine Voraussetzung, die vom Staate zum Principe eines Strafgesetzes nicht genommen werden kann.

Der Staatszwang ist überhaupt das letzte und äußerste Mittel, welches dem Staate zur Herstellung der Herrschaft des Rechts und der Ordnung zu Gebote steht; dieses Mittel müßte aber in jedem einzelnen Falle ins Unendliche fortgesetzt werden, wenn dem Verbrecher, gegen den zur Vollziehung der Strafe der Staatszwang zur Anwendung kommt, wiederum daraus ein neues Verbrechen gemacht würde, daß er sich diesem Zwange nicht gutwillig fügte; denn dazu, zu dieser Gutwilligkeit, kann er so wenig wieder gezwungen werden, daß vielmehr der Zwang durch die Aeußerung des sich demselben entgegensetzenden Willens erst zur Ex-

17) Feuerbach peinl. Recht §. 400.

scheinung kommt, also ein Zwang, dem man sich freiwillig unterwirft, sich in seinem Begriffe zerstört.

Die bloße Vermehrung der im Ungehorsame von der Executiv-Gewalt zu überwindenden Kraft kann demnach das Verbrechen der Widersetzung noch nicht hervorbringen.

Aber die vorstehende Begründung dieses Satzes führt dann zugleich auch zu der Consequenz, daß derselbe nur unter der Voraussetzung gelten könne:

1. daß der Widerstand nicht über die der Obrigkeit zu seiner Bekämpfung zu Gebote stehenden Zwangskräfte hinausreiche, also nicht in einer Mehrheit von Personen, in der Gestalt des Aufruhrs auftrete. Denn die Zwangskräfte der Obrigkeit sind nicht unendlich, sondern haben ihr Maß; und im Verhältnisse zu diesem Maße ist die Anzahl der Personen, welche zum Thatbestande des Aufruhrs erfordert werden, entweder gesetzlich festzusetzen, oder, wie Henke will und auch in den neuesten Gesetzbüchern geschehen ist, der Beurtheilung des Richters in jedem concreten Falle zu überlassen. Zum Thatbestande des Verbrechens des Aufruhrs genügt also schon jede Vermehrung der im Ungehorsame liegenden, dem Willen der Obrigkeit entgegengesetzten physischen Willensäußerung der Renitenten; und es ist sogar consequent, hier den Begriff des Verbrechens auch auf das bloße Verharren im Ungehorsame auszudehnen. Denn, wenn die Obrigkeit den von Mehreren, ebenso wie den von Einzelnen ausgehenden s. g. positiven Widerstand zu überwinden im Stande wäre, d. h. ihren Willen den Renitenten, und nicht den Willen der letzteren dem ihrigen sich aufdrängen zu lassen brauchte; so fiele der wesentliche Grund, den Aufruhr vor dem Verbrechen der Widersetzung auszuzeichnen [18]), ganz

18) Welcher ja nur in der Erzeugung einer Gefahr für den *rechtlichen* Frieden besteht, die von einem Einzelnen nicht *hervorgebracht* werden kann. Henke Handb. Bd. 3. S. 223.

hinweg: ist aber die Obrigkeit auch nicht einmal im Stande, den bloßen Ungehorsam einer vereinigten Menge, die ein obrigkeitliches Verbot offen übertritt und ungeachtet der Aufforderung auseinander zu gehen, hierin fortfährt, zu bezwingen, so befindet sie sich ganz in derselben Lage; statt die Aufrührer zu zwingen, wird sie selbst gezwungen, sich deren Treiben ruhig gefallen zu lassen; und in diesem vollendeten Zwange liegt dann die Consummation des Verbrechens [19]). Aus demselben Grunde also, aus welchem bei der einfachen Widersetzung die bloße Vermehrung des im Ungehorsame liegenden physischen Elements noch nicht die das Verbrechen charakterisirende Gewalt bildet, kann beim Aufruhre schon die Fortsetzung des bloßen Ungehorsams diese necessitas imposita voluntati contraria hervorbringen. — Hieraus ergiebt sich denn als Selbstfolge das legislative Bedürfniß einer Aufruhrsacte [20]), deren Verlesung unter lauten unzweideutigen Solennitäten dann nur das einzige Mittel seyn kann, zugleich mit der Bestimmung des Anfangspunktes der Massenge-

19) Was darum nicht auch, wie Henke Handbuch Bd. 3. S. 226. einwendet, von der Verabredung zum Aufruhro oder der Anschaffung der Mittel, um sich im Ungehorsame zu behaupten, schon gesagt werden kann. Vergl. auch Wächter im Archiv 1835. S. 489. 499, welcher ebenfalls annimmt, daß der Aufruhr vollendet sey, sobald durch die Handlung der Menge die Obrigkeit auch nur zu einem Dulden gezwungen worden sey, aber gleichwohl, wegen der Subsumtion des Aufruhrs unter das crimen vis, immer mindestens noch eine Bedrohung der Obrigkeit erfordert. Allein der Aufruhr unterscheidet sich von der einfachen Widersetzung eben darin, daß die Consequenz aus jenem Satze sich beim Aufruhr anders herausstellt; wo dieser Zwang zum Dulden schon durch den Ungehorsam der Menge hervorgebracht wird, die der Obrigkeit über den Kopf gewachsen ist, da, wenn z. B. mehrere Hundert Personen zur Demolition eines Hauses vorschreiten, die Einzelnen sich ohne alle Widerrede arretiren lassen mögen, während die Andern, der Aufforderung auseinander zu gehen ungeachtet, in ihrem Beginnen fortfahren.

20) Mittermaier Not. 2. zu Feuerbach §. 201.

walt, den Uebergang des Ungehorsams der Menge in den Aufruhr bestimmt zu bezeichnen; weil es an andern festen, für Jedermann erkennbaren objectiven Merkmalen in dem Ungehorsame selbst (Drohungen, tumultuosae clamores) dafür fehlt, wenn der Ungehorsam schon durch seine beharrliche Fortsetzung zum Aufruhre werden kann.

2. gilt der Satz, daß die bloße Anwendung physischer Kräfte zur Behauptung des Ungehorsams noch nicht das Verbrechen der Widersetzung begründe, nur unter der Voraussetzung, daß sie nicht in eine thätliche Mißhandlung übergehe; denn zwischen der physischen Reaction gegen die Wirksamkeit eines Organs, dessen Thätigkeit als solches eben darin besteht, diesen Widerstand zu überwinden und dessen ihm eigne Kraft daher dadurch nicht geschmälert, sondern nur in seine bestimmungsmäßige Thätigkeit gesetzt wird, und zwischen der Verletzung der Integrität oder theilweisen Vernichtung dieses Organs selbst liegt ein Unterschied, dessen Bedeutsamkeit der Subsumtion beider Handlungsweisen unter denselben Delictsbegriff durchaus entgegensteht.

So wie es beim Aufruhre die Zahl ist, gegen welche die Wirkung der Executiv-Gewalt nicht aufkommen kann, so ist es hier die Qualität des Widerstandes, wodurch die Executiv-Gewalt unmittelbar in ihrer Causalität angegriffen wird: und da diese letztere nun eben sowohl in dem Willen, wie in den physischen Kräften des Executors besteht; so wird die Widersetzung nicht nur in der Mißhandlung, sondern auch durch die Drohung mit derselben begangen.

Das Resultat der vorstehenden Ausführung ist also dieses:

Will man bei dem Verbrechen der Widersetzung den Begriff der Gewalt, ohne nähere Bestimmung, als die *Anstrengung* physischer Kräfte zur Ueberwindung eines Wi-

derstandes zum Grunde legen; so ist dagegen, abgesehen von der Execution, nichts zu erinnern: aber in dem Stadium der Execution läßt sich denn zwischen der Gewalt und dem Ungehorsam keine andere Unterscheidung aufstellen, als daß die erstere in der bloßen Vermehrung der bereits im Ungehorsame liegenden physischen, bei der Widersetzung gegen den Executor gerichteten Kraft liege. Für diese Unterscheidung ist aber hier ein innerer juristischer Grund nicht aufzufinden; sondern die Grenze zwischen dem vom Arme die Executiv-Gewalt zu überwindenden Ungehorsame und dem criminellen Widerstande läßt sich nur da ziehen, wo die Gewalt als thätliche Mißhandlung auftritt und dadurch zugleich eine qualitativ-verschiedene, zerstörende Wirksamkeit mit aufnimmt.

Hiernach muß man sich für diejenigen Gesetzgebungen erklären, welche nicht, wie z. B. das Hannoversche Art. 156, das Braunschweigische §. 107 [a] und das Badische Strafgesetzbuch Art. 615, überhaupt schon den gewaltsamen Widerstand, die Gewalt, ohne nähere Bestimmung, der Widersetzung zum Grunde legen; sondern welche, wie das Baierische und Oldenburgische Art. 316. 411 (331. 439), die thätliche Mißhandlung und gefährliche Drohungen nicht blos als Erschwerungsgrund, sondern in den Begriff der strafbaren Widersetzung selbst mit aufnehmen; obwohl diesen letzteren darin wieder nicht beizupflichten ist, daß sie diese engere Bestimmung der Gewalt nicht auf das Stadium der Execution beschränken, sondern überhaupt anwenden, also auch da, wo sonst eine obrigkeitliche Person zu einer Amtshandlung genöthigt oder davon abgehalten werden soll, eine thätliche Mißhandlung erfordern. Denn, wenn ein Beamter, dessen Function keineswegs darin besteht, als *Organ* der Executiv-Gewalt den ihm ent-

gegengesetzten gewaltsamen Widerstand mit Gewalt zu überwinden, sondern der dem Staate lediglich mit seinem Kopfe dient, mit einfacher Gewalt ohne sein Wohlbefinden irgend zu beeinträchtigen festgehalten wird, um eine von ihm beschlossene Verfügung zu verhindern; so liegt doch hierin ein vollendeter Zwang, der dann, wie Eingangs bemerkt, wenn schon in seiner Anwendung gegen Privaten, um so mehr gegen die Organe des Staatswillens ein Delict begründen muß.

(Beschluß im nächsten Stücke.)

XIII.

Ueber den gegenwärtigen Zustand des Gefängnißwesens in Europa und Nordamerika, über das Ergebniß der Erfahrungen und über die Forderungen, welche an den Gesetzgeber in Bezug auf die Strafanstalten gestellt werden können.

Mit besonderer Rücksicht auf das Ergebniß der auf der in Frankfurt 1846 gehaltenen Versammlung zur Verbesserung der Gefängnisse.

Von
Mittermaier.

(Fortsetzung des Aufsatzes Nr. V.)

Ehe wir zur Darstellung der Leistungen in Bezug auf das Gefängnißwesen in England übergehen, müssen wir noch in Bezug auf Nordamerika drei Erscheinungen zur Kenntniß unserer Leser bringen. Wir nennen zuerst die Schrift unseres ausgezeichneten Landsmanns Lieber in Columbien [1]). Der Verfasser theilt das Ergebniß seiner Beobachtungen seinen Freunden mit. Er bemerkt, daß bei allen Gefangenen ein lebhafteres Gerechtigkeitsgefühl als bei anderen Personen in Bezug auf Strafen zu beob-

1) Bruchstücke über Gegenstände, der Strafkunde, besonders über das Eremitensystem, von Franz Lieber. Hamburg 1845.

achten sey: sie fügen sich (sagt Lieber) den selbst harten Disciplinarstrafen, so lange sie mit strenger Gerechtigkeit gehandhabt werden. Für wesentlich hält der Verf., daß der Staat den Verbrecher als ein Wesen betrachte, das der Erhebung fähig ist und noch errettet werden kann, dem für das Verbrechen ein Leiden aufgelegt werden kann, welches den Menschen nicht entsittlicht, und nach der Organisation des Menschen eine Wohlthat für ihn werden kann. Daher muß vorzüglich das, was am meisten Gefangene verschlechtert, nämlich die Gemeinschaft der Verbrecher, vermieden werden. Das Schweigsystem reicht nicht aus, weil nach dem Zeugnisse aller Gefängnißdirectoren und aller Gefangenen es unmöglich wäre, das Schweigsystem ohne augenblickliche Anwendung der Peitsche durchzuführen. Der Staat hat die Pflicht, jedem Gefangenen die Möglichkeit der Besserung anzubieten, sie ihm leicht zu machen. Alle Strafen, welche den Verbrecher statt ihn zum Gesetze zurückzuführen, durch Härte oder Wildheit reizen und zu innerem Widerstand und Trotz auffordern, sind unzweckmäßig und ungerecht. Vor Allem darf der Staat nicht das Uebel durch eine rücksichtslose Strafweise, die weit mehr ein blindes Dreinschlagen als ein behutsames und gewissenhaftes Strafen genannt werden kann, noch vielfach vergrößern, sondern vielmehr die Strafweise wählen, die eine sorgsame, gewissenhafte, verständige und des Regelns fähige vereinzelnde Bestrafung möglich macht. Der Verfasser stellt als Forderungen auf, daß die Strafe gerecht, sittlich, weise und ernst sey. Die Gefängnißstrafe wird nun nach den verschiedenen Stadien der Civilisation auch verschieden aufgefaßt. Der allmählige Sieg der Ansicht, daß es nicht weise sey, alle Sträflinge zusammenzuwerfen, führte zum Systeme der Classification, das aber bald als ungenügend sich ergab, und nun dem Schweig- und Eremitensysteme (so nennt der

Verf., wie wir glauben nicht zweckmäßig,) das System der absoluten Isolirung. Nach der Ansicht des Verfs. empfiehlt sich das letzte vornehmlich bei dem, der das erste Mal (in der Regel vor dem 25sten Jahre) bestraft wird, und wo die Einzelnzelle den jungen Sträfling am besten zum Nachdenken und zur Reue bringt, und ihm Arbeitslust einflößt. Nach den Beobachtungen des Verfs. bringt die Einsamkeit den Gefangenen zum Nachdenken, und das darauf gebaute System ist das einzige, welches einzelne der Individualität der Sträflinge angepaßte Behandlung unterweisender, religiöser und rathender Art möglich macht. Der Verf. (S. 26.) widerlegt die Behauptung von Tellkampf, daß ein bedeutender Grad geistiger Abstumpfung durch die Isolirung hervorgebracht werde. Der Verf. sah Gefangene, welche über 7 Jahre in der Einzelnhaft zubrachten und keine Zeichen des Stumpfsinns von sich gaben. Nach dem Systeme der Einzelnhaft kann man den Verbrecher genauer und gründlicher beurtheilen, als nach dem Auburnischen System [2]). Um die Behauptung zu widerlegen, daß für Deutsche das Isolirungssystem nicht taugen würde, führt Lieber an, daß von 1829 bis 1843 im Philadelphischen Eremitenhause 69 Deutsche als Sträflinge waren, von welchen einer nach mehrmonatlicher Haft starb und 4 wahnsinnig in die Anstalt traten. Nach den Beobachtungen der Gefängnißinspectoren in Amerika sind deutsche Gefangene in der ersten Zeit der Einzelnhaft gewöhnlich niedergeschlagener als Andere; es wird aber auch bezeugt, daß sie bald sich ruhig unterwerfen und an ihrer Gesundheit keinen Nachtheil leiden. Der Verf. räth

---

2) Der Verf. erzählt S. 28, daß er ein Jahr, nachdem der bekannte Schriftsteller das Mulattenmädchen im Gefängnisse zu Philadelphia besucht hatte, ebenfalls die Gefangene besuchte, und von ihr selbst Angaben erhielt, welche zeigen, daß die *Schilderung* von Dickens grundlos war.

nicht, für die leichteren Verbrecher oder für die spätere Zeit das Auburnische, und für die schweren Verbrecher oder die erste Zeit das Pensylvanische System einzuführen; denn der Vortheil, daß sich die Gefangenen nicht einmal von Angesicht kennen lernen, wird bei dieser Mischung aufgegeben; der ernste sittliche Eindruck der Einsamkeit wird verringert, nicht nur durch die verkürzte Dauer der Einsamkeit, sondern auch durch die Unruhe, in welche die Hoffnung einer Aenderung den Geist der Gefangenen versetzen würde. Für nothwendig hält der Verf. die Anstellung von General- und Provinzialgefängniß-Inspectoren, macht aufmerksam, daß man statistische Nachrichten über die Wirksamkeit eines Gefängnißsystems, mit Vorsicht benutzen müsse, daß das Eremitensystem zur Verminderung der Verbrechen beitrage. Zweckmäßig scheint dem Verf. die Einführung einer gehörigen Gymnastik für Gefangene, wozu er verschiedene Turnübungen vorschlägt. Um den Vorwurf zu beseitigen, daß dies System ein melancholisches sey, bemerkt der Verf., daß man dem Sträfling möglich machen sollte, in seinem Zimmer oder in seinem Hofe ein paar Blumen zu ziehen.

Wir sind überzeugt, daß die angeführten Bemerkungen unseres Freundes sehr gut gemeint sind; dennoch besorgen wir, daß, so wie wir das Leben in den Gefängnissen und die Menschen kennen, die Voraussetzungen, von denen der Verf. ausgeht, idealisirt aufgefaßt sind, und seine Erwartungen an der menschlichen Natur, an der Unnatürlichkeit des einzuführenden Systems und an den Schwierigkeiten, ausgezeichnete Directoren und Unteraufseher zu finden, wie sie bei dem Isolirungssystem gedacht werden müssen, leicht scheitern werden. Eine der merkwürdigsten Erscheinungen ist die von dem ausgezeichneten Schriftsteller Charles Sumner in Boston am 26. Mai

1846 bei der jährlichen Versammlung der prison discipline societaty in Boston gehaltene Rede. Unsere Leser wissen, daß die eben angeführte Gesellschaft entschieden gegen das Philadelphische System auftritt und seit 20 Jahren ihres Bestehens 19 Berichte bekannt gemacht hat. Hr. Sumner erklärt nun in der Versammlung, daß seit 20 Jahren 60000 Dollars Beiträge geliefert wurden, von welchen 27000 dem Secretär der Gesellschaft, 8420 dem Geistlichen und die übrige Summe für die Bekanntmachung der jährlichen Berichte ausgegeben wurden. Hr. Sumner läugnet nicht, daß diese Berichte manches Gute gestiftet haben; allein er beklagt es, daß sie nur einseitig wirkten, statt der Wahrheit und der Aufhellung der Thatsachen von allen Seiten zu huldigen. Er weist nach, daß ausgezeichnete, der Gesellschaft von Mitgliedern welche für das Isolirungssystem sich erklärten, eingesendete Artikel gar nicht aufgenommen, sondern bei Seite gelegt wurden; daß der Bericht von 1843 untreu und einseitig bearbeitet worden sey, der Gesellschaft Schande mache; daß man um das separate System anzugreifen Gründe von Gefängnissen mit absoluter Einsamkeit angeführt; Autoritäten, wie z. B. die von Dickens, Combe, als gewichtig angeführt, die bedeutendsten Schilderungen angesehener Männer zum Besten des Philadelphischen Systems verschwiegen, der wichtigen officiellen Berichte, die von bedeutenden Ausländern für dies System erstattet worden, nicht Erwähnung gethan habe. Daher sey es gekommen, daß man die Berichte der Bostoner Gesellschaft allgemein wegen ihrer Uebertreibungen, Untreue und Einseitigkeit gering achte. Sumner fordert, daß die Gesellschaft der Wahrheit unparteiisch huldige, die Thatsachen gewissenhaft sammle und mittheile, um ein gründliches Urtheil möglich zu machen. Sein Antrag, den künftigen Bericht mit größerer Gewissenhaftigkeit zu bearbeiten, machte tiefen Eindruck

und bewirkte, daß wir einen wohl mit Umsicht gearbeiteten Bericht für die Zukunft zu erwarten haben.

Vor uns liegt noch der eben uns zugekommene wichtige 17te Bericht über das Gefängniß von Pensylvanien [3]). Im J. 1845 befanden sich in dem Gefängnisse 483 Gefangene (darunter 136 Schwarze); neu waren 1845 dazu gekommen 143 (um 5 mehr als 1844). Entlassen wurden 1845 139 (91 nach Ablauf der Strafzeit, 32 wurden begnadigt, 15 starben, Einer wurde vermöge Befehls nach habeas Corpus acte entlassen). Die große Zahl der Todesfälle wird daraus erklärt, daß die Mehrzahl der Verstorbenen Schwarze waren (nämlich 12 und nur 3 Weiße) und daß die Schwarzen überhaupt schon physisch sehr angegriffen in die Anstalt kamen. Aus einer mitgetheilten Tabelle über den Zugang der Gefangenen von 1829 bis 1845 ergiebt sich, daß, ungeachtet die Bevölkerung im Staate überhaupt sehr zunimmt, die Zahl der jährlich neu in die Anstalt gebrachten Gefangenen nicht zunimmt: 1839 wurden 179, 1843 156, 1845 143 aufgenommen. Zur Widerlegung der oft behaupteten Ansicht, daß die absolute Isolirung zu Seelenstörungen führe, wird angeführt, daß von 2059 Gefangenen, welche von 1829—1845 in der Anstalt waren, nur zwei Selbstmord verübten, ungeachtet es an Gelegenheit dazu nicht fehlte. Um die Grundlosigkeit der Einwendung zu zeigen, daß die Gefangenen völlig isolirt seyen, wird gezeigt, von wie vielen Personen, die theilnehmend ihr Schicksal erleichtern und auf sie wohlthätig wirken, die Gefangenen besucht werden. Günstig ist die Nachweisung, daß von 2059 Gefangenen, die seit 1829 in der Anstalt waren, nur 85 als rückfällig in die Anstalt kamen, 111 rückfäl-

---

3) *Seventeenth* annual Report of the inspectors of the eastern *state penitentiary* of Pensylvania. Philadelphia 1846.

lige dagegen solche waren, die zuvor in anderen, nicht auf Isolirung gebauten Strafanstalten sich befanden. Von 138 die 1844 in die Anstalt kamen, waren 10, und von 143 im J. 1845 Aufgenommenen 9 rückfällige. In Bezug auf die vorgekommenen Todesfälle ergiebt sich, daß unter der schwarzen Bevölkerung 5 von 100, unter den Weißen 1 von 100 sterben. Wohlthätig wirkt der zunehmende Unterricht, der den Gefangenen ertheilt wird; der Lehrer bezeugt, daß nach seiner Erfahrung die unter dem Systeme der Isolirung verwahrten Gefangenen nicht weniger bildungsfähig sind und gut lernen, als Gefangene, wenn sie in Vermengung unterrichtet werden. Ueber das westliche Besserungsgefängniß in Pittsburg wird angeführt, daß die Zahl der jährlich eintretenden Gefangenen seit den letzten 5 Jahren um $4^1/_2$ abgenommen hat; von 200 in Pittsburg 1845 befindlichen Sträflingen starben 1845 4. Der Präsident der Gefängnißgesellschaft schildert in seinem Berichte die entschieden nachgewiesenen guten Wirkungen des Systems der Einsamkeit. Der Inspector bemerkt in seinem Berichte, daß die Anstellung eines sehr geschickten Gefängnißarztes nothwendig sey, daß die Einrichtung, nach welcher Gefangene oft warm baden müßten, sich wohlthätig bewährt hätte. Die Erfahrung beweist nach ihm, daß nach dem Isolirungssystem harte entwürdigende Disciplinarstrafen nicht nothwendig sind; 1845 wurden 43 Gefangene gestraft; die meisten nur auf 1 oder 2, 3 Tage, 9 mit 7 Tagen Dunkelarrest. Man bemerkt aus dem Berichte (p. 30.), daß viele Arten von Arbeiten in der Anstalt vorkamen. Der Arzt der Strafanstalt legt einen Bericht (wie er aus keiner andern Anstalt in gleicher Vollständigkeit vorkommt) über die Gesundheitsverhältnisse aller seit 1829 in der Anstalt verwahrten Gefangenen vor, und zwar mit Angabe des Gewerbes, welches sie betrieben,

ihres Alters, in welchem Zustand der Gesundheit sie in die Anstalt traten, wie sie sich darin befanden. Diese Tabellen geben dem Arzte und Staatsmanne reichen Stoff zum Nachdenken; sie lehren, daß der Gesundheitszustand der Schwarzen im Allgemeinen schlecht ist, daß ein großer Theil der Sträflinge (nicht der Weißen) schon mit schlechter Gesundheit in das Gefängniß kommt; daß Manche, die mit schlechter Gesundheit in die Anstalt kamen, gebessert entlassen wurden, daß auch das Gewerbe, welches die Sträflinge betreiben, Einfluß hat, z. B. Weber sind im Allgemeinen mehr als Andere, z. B. Schmiede, Zimmerleute, nachtheiligen Einflüssen unterworfen. Eine andere beigefügte Tabelle bezieht sich auf alle Gefangene, die seit 1829 in der Anstalt starben, mit Angabe ihres Alters, Beschäftigung, ihres Charakters, früheren Gesundheitszustandes, der Krankheiten, an denen sie in der Anstalt litten. Man bemerkt vorzüglich das Mißverhältniß zwischen Schwarzen und Weißen, und erfährt, daß viele schon mit einer sehr angegriffenen Gesundheit in die Anstalt kommen, vorzüglich mit geistigen Leiden eintreten. Dringend empfiehlt der Arzt, daß man mehr, als es geschieht, dafür sorge, daß die Gefangenen frische Luft einathmen. Ueber die Wirkung des Isolirungssystems auf den Seelenzustand der Gefangenen enthält der Bericht (p. 56.) merkwürdige Worte. Der Arzt geht davon aus, daß im Allgemeinen unter Gefangenen mehr geistiges Leiden vorkommt, als unter Personen in der Freiheit, daß schon der moralische Zustand der Verbrecher dazu Veranlassung giebt, und daß oft wegen Unkenntniß der moralischen Natur Menschen, die eigentlich an moralischem Wahnsinn leiden, wegen Verbrechen in die Gefängnisse gebracht werden. Nach seiner Erfahrung sind Schamgefühl, das nie ganz erstorben ist, Reue und Gewissensbisse häufig

Veranlassung von Seelenstörungen bei Gefangenen; bei den Weißen ist die geistige Kraft schwach, und viele Sträflinge treten schon mit Anlagen zu Seelenstörungen in die Anstalt. Im J. 1844 (in den letzten 6 Monaten) litten von den Neuangekommenen 20 von 100 an erblichen Anlagen zu Wahnsinn; 3 waren epileptisch, 3 waren Kinder von Epileptikern. Im J. 1845 waren von den neu Eintretenden 5 epileptisch, 9 stammten von Epileptikern ab oder waren nahe mit ihnen verwandt, und 26 hatten nahe Verwandte die wahnsinnig waren. Im J. 1845 kamen 8 Fälle des Wahnsinns (der Arzt bezeichnet ihn mit monomania) unter den Gefangenen vor; aus der Geschichte der einzelnen Kranken ergiebt sich der Einfluß von Umständen, die unabhängig von dem Gefängniß Ursachen der Krankheit wurden. Der Arzt bemerkt, daß bei dem Isolirungssystem manche Fälle von Seelenstörungen leichter entdeckt werden, als dies der Fall seyn würde, wo die Gefangenen gemeinschaftlich arbeiten. Er zeigt, daß die vielen Besuche, welche die Gefangenen erhalten, wohlthätig wirken. Aus dem Berichte des Lehrers der Anstalt ergiebt sich, daß mehrere Gefangene ordentlich lesen und schreiben lernten. Er bezeugt, daß er von 21 entlassenen Sträflingen Nachrichten über ihren gebesserten Zustand hat, daß er mit 17 von ihnen noch in fortdauerndem Verkehr steht und Beweise ihrer Besserung erhalten hat.

Wir machen in Bezug auf die Gefängnisse von Nordamerika noch auf ein Werk des für Gefängnißverbesserung eifrigen Engländers J. Adshead [4]) aufmerksam, von welchem wir unten noch mehr sprechen werden. Be-

---

4) Prisons and Prisoners by J. Adshead; with Illustrations. London 1845.

kanntlich enthält die englische Zeitschrift: the Times, viele Artikel, in welchen mit Berufung auf angebliche Erfahrungen in verschiedenen Gefängnissen das Absonderungssystem angegriffen wird. Hr. Adshead zergliedert nun diese Mittheilungen und zeigt unter der Rubrik: Täuschungen, der Times (p. 13—93.), wie untreu die Angaben sind, und Thatsachen aus dem Zusammenhange reißen, die dazu gehörigen Nachrichten verschweigen. Der Verf. führt ebenso (S. 95—121.) die vielfach gerühmten romanhaften, durch glaubwürdige Personen widerlegten Darstellungen von Dickens an.

Wir wenden die Aufmerksamkeit unserer Leser auf die Fortschritte des Gefängnißwesens in England, indem wir an unsere im vorigen Aufsatze [5]) gelieferte Schilderung anknüpfen. Wir wollen zuerst um den Stand der Verbrechen in England darzustellen die neuesten Ergebnisse der englischen Criminalistik mittheilen [6]). Sie sind vielfach belehrend, und zeigen, daß seit 1843 die Verbrechen in England in Abnahme sind, während sie vor 1843 stiegen. In den großen Bergwerksdistrikten Englands (Cumberland, Northumberland) zeigt sich besonders eine große Abnahme von 37 von 100. Selbst in den bevölkertsten und ausgedehntesten Grafschaften Yorkshire und Lancashire, so wie in den übrigen Grafschaften, in denen die Hauptfabriken sich befinden, bemerkt man die Verminderung der Verbrechen. Noch bedeutender zeigt sich diese in den ackerbauenden Bezirken. Nur die Hauptstadt macht eine traurige Ausnahme von diesen günstigen Ergebnissen; und Middlesex, das um $^1/_{10}$tel der ganzen Bevölkerung von

5) in diesem Archive 1843. S. 334 bis 343.

6) Tables schowing the number of criminal offenders in *the year 1845.* London 1846.

England und Wales hat, liefert doch mehr als die doppelte Zahl der Verbrechen. In der Klasse der Verbrechen, die in den Criminaltabellen als Verbrechen gegen die Person aufgestellt werden, zeigte sich 1845 eine Abnahme der Verbrechen von 14 auf 100, und in Bezug auf Mord, Todtschlag, Mordversuch, Verstümmelung betrug das Verhältniß der Abnahme 25, bei Verheimlichung der Geburt 40 von 100, bei Sodomie 39, bei Nothzucht und Versuch dieses Verbrechens 29 von 100. In der Klasse der Verbrechen wider Eigenthum mit Gewaltthätigkeit zeigte sich 1845 eine Abnahme der Verbrechen von 16 auf 100, bei Raub von 25 auf 100. In der Klasse der Verbrechen gegen Eigenthum ohne Gewalt ist selbst Abnahme von 4 auf 100 bemerkbar. Das Verbrechen der Anzündung und boshafter Beschädigung von Sachen war in den ackerbauenden Bezirken eine Vermehrung dieser Verbrechen im J. 1844 bemerkbar; allein 1845 ließ auch das Verbrechen sehr nach. In Bezug auf Fälschung und der Münzverbrechen ist eine Abnahme von 20 und bei Fälschung allein von 27 bemerkbar.

So zeigt sich ein günstiges Verhältniß in Bezug auf die Zahl der Verbrechen in England. Daraus erklärt sich, daß auch die schweren Strafen bedeutend sich verminderten. Im J. 1840 kamen noch 77, 1841 80, 1843 97, im J. 1845 49 Todesurtheile vor. Transportation auf Lebenszeit wurde 1840 in 238, 1843 in 225, 1844 in 180, 1845 in 79 Fällen erkannt. Transportation über 15 Jahre wurden 1843 in 46, 1844 in 50, 1845 in 22 Fällen, Transportation von 15 und über 10 Jahre 1840 in 714, 1843 in 641, 1845 in 405 Fällen erkannt; Transportation auf 10 und über 7 Jahre von 1840 in 1194, 1843 in 1471, 1845 in 1119, Transportation von 7 Jahren 1840 in 1941, 1843 in 1800, 1845 in

1273 Fällen ausgesprochen. Gefängnißstrafen auf 3 und über 2 Jahre erkannten die Gerichte 1840 in 35, 1845 in 3, auf 2 und über 1 Jahr, 1840 in 548, 1845 in 360 auf 1 Jahr, und über 6 Monate in 2064, 1843 in 2332, 1845 in 1654, auf 6 Monate und weniger 1840 in 12462, 1842 in 14799, 1845 in 12035 Fällen.

Wegen des Verbrechens des Mordes ergingen 1843 22, 1844 21, 1845 19 Todesurtheile; wegen Mordversuchs 1843 9, 1844 1, 1845 4; wegen Sodomie 1843 18, 1844 15, 1845 15; wegen Hauseinbruchs mit Gewalt gegen Personen 1843 22, 1844 4, 1845 8; wegen Raubes mit Verwundung 1843 23, 1844 14, 1845 2; wegen Anzündung von Wohnhäusern 1843 2, 1844 2, 1845 1 Todesurtheil. Verurtheilungen wegen Hochverraths kamen 1843 bis 1845 gar nicht vor.

Hinrichtungen erfolgten 1845 12 (im J. 1843 13, im J. 1844 16), und zwar sämmtlich wegen Mordes. Von den Hingerichteten waren 2 Weiber, eine wegen Mordes und Beraubung an einer alten Frau, eine wegen Giftmordes an ihrer Mutter und ihrem Bruder. 4 Männer wurden hingerichtet wegen Mordes von Frauenspersonen, mit denen sie in unerlaubtem Geschlechtsumgang lebten, 1 wegen Mordes seines Kindes, 1 wegen Ermordung seines Bruders, 2 wegen Mordes aus Rache, 2 wegen Mordes mit Straßenraub. Das Verhältniß der Lossprechungen zu Verurtheilungen blieb in den 3 letzten Jahren sich gleich; es war 28 von 100; bei Verbrechen gegen die Person betrug es 33, bei Verbrechen gegen Eigenthum mit Gewaltthätigkeit 27, bei nicht gewaltthätigen Eigenthumsverletzungen 26, bei anderen böswilligen Eigenthumsverletzungen (Brandstiftung und Beschädigungen) 65,

bei Fälschung und Münzverbrechen 22. Uebrigens ist das Verhältniß der Lossprechungen zu den Verurtheilungen höchst verschieden nach den einzelnen Grafschaften; z. B. in Herefordshire werden 42 von 100, in Dorsetshire 40, in Lincolnshire, Westmoreland und Bedfordshire 22 von 100 regelmäßig losgesprochen. In Bezug auf das Alter der Verbrechen ergiebt sich, daß auch in England die Mehrzahl der Verbrechen von Personen von 20 bis 25 Jahren verübt werden, nämlich 5881; von 25 bis 30 Jahren waren 3471; auffallend ist, daß auch das Verhältniß derer, die 15 bis 20 Jahre alt sind, so groß ist, nämlich 5850.

Betrübend ist die Bemerkung, daß die Zahl der weiblichen Verbrecher in England jährlich zunimmt; im J. 1837 betrug sie 4205, 1840 5212, 1843 5340. Nur 1844 und 1845 zeigt sich eine Abnahme; die Zahl betrug 1845 4962. In Bezug auf den Grad der Bildung der Verbrecher ergiebt sich, daß die Zahl derjenigen, die ganz ungebildet sind, abnimmt; im J. 1837 war das Verhältniß derer, die nicht lesen und schreiben konnten, 37 auf 100, 1845 ist es 30.

Wir sind im Stande, unseren Lesern das Ergebniß einer kostbaren Arbeit über die Criminalstatistik Englands vorzulegen. Der Verf. dieses Berichts [7]), wie England sich nicht rühmen kann früher einen ähnlichen besessen zu haben, ist Hr. Russel, einer der Generalinspectoren der Gefängnisse von England, ein Mann, dem das Pönitentiarsystem schon soviel verdankt und der bei der Versammlung in Frankfurt durch den Ton der Ueberzeugung in sei-

---

7) Es erschien als Supplement to thenth Report of inspectors of prisons I. Home district. London 1846.

nen Reden, durch die Fülle der Nachrichten, welche er über die englischen Gefängnisse mittheilte, durch die Klarheit und Gründlichkeit seiner Darstellung den tiefsten Eindruck hervorgebracht hat. Die vorliegende Criminalstatistik enthält noch 11 Rubriken Tabellen, und zwar über die Zahl der von 1839 bis 1843 vor die Assisen gestellten Angeklagten mit dem Verhältniß zur Bevölkerung, ähnliche Tabellen über die unter summary conviction abgeurtheilten Angeschuldigten, eine Tabelle über die Ergebnisse der Anklage, über die Dauer der Untersuchungen, über Rückfälle u. A. — Alle diese Tabellen sind von praktischen bedeutenden Bemerkungen begleitet. Es ergiebt sich, daß von 1839 bis 1842 eine große Zunahme der Verbrechen in England eintrat, und zwar in Bezug auf die vor die Assisen und vierteljährigen Sitzungen gestellten Angeklagten von 13 (5) von 100, und bei den Angeschuldigten unter summary conviction von 20 (8). Seit 1843 sind dagegen die Verbrechen im Abnehmen, und zwar 1843 die eigentlichen Verbrechen um 5 von 100 und die Fälle der summary conviction um 3; im J. 1844 betrug bei den Verbrechen das Verhältniß der Abnahme 13 und 1845 7 von 100. Die mitgetheilten Tabellen gehen in ein großes Detail. Die Verschiedenheit nach den einzelnen Grafschaften ist sehr groß. In Somerset ist das Verhältniß zu 100000 Seelen bei männlichen Angeklagten 610 und bei weiblichen 128; in Lincoln bei Männern 197, bei Weibern 49; in Cumberland bei Männern 106, bei Weibern 18. Die Zahl der unter summary conviction Abgeurtheilten (also ohne Geschworne) ist sehr groß. In England allein betrug sie 56715 im J. 1839, und im J. 1843 72090; darunter sind viele, die wegen Jagdvergehen, wegen Vagabondirens, wegen Unzucht, wegen kleiner Diebstähle, wegen Beschädigung des Eigenthums bestraft wurden. Ueber

das Verhältniß der Verurtheilungen zu den Lossprechungen lehren die Tabellen, daß in den einzelnen Grafschaften die höchste Verschiedenheit vorkommt. Es giebt Grafschaften, z. B. Surrey, wo das Verhältniß der Lossprechung zu den vor Gericht Gestellten 42 von 100, oder in Monmouth 36 von 100 beträgt, während in anderen z. B. Westmoreland es 16 und in Rutland 14 ausmacht. Es zeigt sich auch, daß im Allgemeinen weit mehr weibliche Angeklagte losgesprochen werden, als Männer, weil, wie der Bericht sagt, die Geschwornen sehr ungern Weiber verurtheilen, wenn auch nur der leiseste Zweifel an der Schuld übrigt. Das Verhältniß der Lossprechung beträgt im Allgemeinen 70 auf 100, 22 in Bezug auf das Urtheil, durch welches die große Jury die Anklage nicht zuläßt, und 14 (1839), 8 (1843) in Bezug auf das Liegenlassen der Anklage.

Eine merkwürdige Tabelle bezieht sich auf die Rückfälle. Darnach ist der jährliche Durchschnitt der Rückfälligen in England und Wales 33 von 100 Gefangenen (männliche 31, weibliche 42), 44 von solchen die zum ersten Male, 19 die zum zweiten Male rückfällig wurden. Sehr belehrend sind die Bemerkungen im Berichte. In manchen Grafschaften beträgt das Verhältniß 50 Rückfällige (auf 100), z. B. in Lancaster, Middlesex, wo die Dichtigkeit der zusammenwohnenden Bevölkerung Verbrechen erzeugt, wogegen z. B. in Bedford und Wills das Verhältniß nur 19, in Dorset nur 13 beträgt.

Schauderhaft ist das Verhältniß der weiblichen Rückfälligen, das in manchen Grafschaften z. B. Lancaster 53, in Middlesex 53 beträgt, dagegen in Huntingdon nur 10. Ueberall wo die Weiber in Fabriken viel zu Arbeiten gebraucht werden, mit denen sie mit Männern

viel zusammenkommen, kommen mehr weibliche Rückfällige vor als männliche. Zum ersten Male liegen auch Tabellen über die Dauer der Criminaluntersuchungen vor (report p. 57.), von 100 Gefangenen werden 38 (im J. 1843 40) einen Monat lang im Gefängnisse bis zur Aburtheilung gehalten, 16 von 100 2 Monate, 3 (5 1843) drei Monate und darüber. In manchen Grafschaften dauert die Untersuchung nur 14 Tage. Wegen Vagabondirens wurden 1843 73196 Personen bestraft. Ein trauriges Ergebniß liefern die Tabellen über den Stand der Bildung unter den Verbrechern. Durchschnittlich (nach 5 Jahren) waren jährlich 9530 Gefangene, die nicht lesen und schreiben konnten, 6339 von den von Assisen Verurtheilten konnten nur lesen, und von den Angeschuldigten unter summary conviction war dies bei 13932 der Fall. Schlecht lesen oder schreiben konnten 9598 von solchen, die vor die Assisen gestellt wurden, und gut lesen und schreiben konnten nur 2629. In manchen, insbesondere den Grafschaften, wo größtentheils Ackerbau betrieben wird, ist das Verhältniß schauderhaft; hier (z. B. in Hereford, Herts) konnten 74 von 100 nicht lesen. Die dem Gerichte beigefügten erläuternden Bemerkungen sind sehr belehrend.

Unsere Leser erinnern sich an unsere früher [8]) mitgetheilten Nachrichten über den Zustand der englischen Gefängnisse und über die große Umgestaltung, welche das Transportationssystem und die Pönitentiargefängnißzucht durch die neue Einrichtung der Strafcolonieen und die Erbauung des Gefängnisses zu Pentonville bei London erfuhren. Darnach sollten in das bezeichnete Gefäng-

---

8) in diesem Archive 1843. S. 334.

niß die männlichen zur Transportation verurtheilten Sträflinge auf 18 Monate gebracht werden, und zwar zum Zwecke ihrer Vorbereitung für die Strafcolonie in der Art, daß sie geistig und moralisch ausgebildet werden, und ihr Betragen in der Anstalt darüber entscheidet, welches Schicksal ihrer in der Strafcolonie wartet. Betrachtet man den Zustand der Gefängnisse in England, so ist mit Recht von einem ausgezeichneten deutschen Schriftsteller, von Würth [9]), der, mit gründlichen Kenntnissen ausgerüstet, mit feiner Beobachtungsgabe die englischen Gefängnisse besuchte, bemerkt worden, daß man vergeblich Gleichförmigkeit in den Grafschaftsgefängnissen Englands suchen würde. Die Eifersucht der Corporationen, welche mit Besorgniß auf die Beschränkung ihrer alten Privilegien blicken, und der Mangel der Centralisation in England hinderte diese Gleichförmigkeit. Erst seit 1839 wurde die Sache besser. Durch die Bemühungen edler Männer kam ein vom 1. Januar 1840 in Wirksamkeit getretenes Gesetz zu Stande, nach welchem die absolute Isolirung für alle Gefangene als zulässig erklärt, gewisse allgemeine Regeln für die Gefängnisse angeordnet und diese unter strenge Aufsicht der Gefängnißinspectoren gestellt wurden. Die im J. 1843 erschienenen Vorschriften [10]) über die Einrichtung können nicht den in anderen Ländern erlassenen allgemeinen Verordnungen gleichgestellt werden. Die englische Regierung gebietet nicht den einzelnen Städten, wie sie ihre Gefängnisse einrichten sollen; es giebt in England

---

9) Die neuesten Fortschritte des Gefängnißwesens in Frankreich, England, Schottland, Belgien und der Schweiz. Dargestellt von Dr. von Würth. Wien 1844. S. 84.

10) Regulations for prisons in England and Wales. London 1843. Wir haben darüber in diesem Archive 1843 S. 340. Nachricht gegeben.

noch viele Gefängnisse, in welchen ein Zusammenleben der Sträflinge vorkommt, in anderen nur Absonderung zur Nachtzeit und Zwang zum Stillschweigen während der gemeinschaftlichen Arbeit, in anderen absolute Isolirung eingeführt ist. Dies zuletzt genannte System ist nun allgemein erlaubt, für den Fall seiner Einführung sind aber gewisse Bedingungen festgesetzt, z. B. über Größe der Einzelzellen, über die Besuche, welche die Gefangenen erhalten müssen. Vorzüglich wurden gewisse Classificationen festgesetzt, welche in jedem Gefängnisse angewendet werden müßten [11]). Die bedeutendste Erscheinung ist die Errichtung des Mustergefängnisses zu Pentonville. Schon der Bau desselben [12]) ist eigenthümlich und darauf berechnet, die größte Sicherheit, Reinlichkeit, Sorge für die Gesundheit der Sträflinge mit der Möglichkeit der beständigen Aufsicht über die Gefangenen und die größte Bequemlichkeit der Aufseher, schnell jeden Theil der Anstalt besuchen zu können, zweckmäßig zu verbinden. An die, theils durch das von oben in die Deckenwölbung einfallende Licht, theils durch die hohen am Ende jedes Ganges befindlichen Fenster gehörig beleuchtete Centralhalle stoßen die durch drei Geschosse laufenden Gänge, in welchen die Zellen der Gefangenen so angebracht sind, daß von einem Punkte der Centralhalle aus sämmtliche Zellenthüren übersehen werden

---

11) Auszüge aus diesem Gefängnißreglement in v. Würth S. 86—94.

12) Eine treffliche Schilderung des Baues und der innern Einrichtung des Hauses ist erschienen im Report of the surveyor-general of prisons on construction, ventilation and details of Pentonville prison. London 1844. Hr. Julius hat eine verdienstliche deutsche Uebersetzung davon geliefert unter dem Titel: Englands Mustergefängniß in Pentonville in seiner Bauart, Einrichtung und Verwaltung nach den Berichten des Major Jebb, von Dr. Julius. Berlin 1846.

können. Jede Zelle ist 13 Schuh lang, 7 Schuh breit und 9 Schuh hoch. An der Thüre jeder Zelle befinden sich zwei Oeffnungen, die zur unbemerkten Beaufsichtigung der Gefangenen dienen. In jeder Zelle ist ein geruchloser Abtritt, ein Wasserbecken; eine Hängematte, die zur Schlafstelle dient, ist den Tag über an der Zellenwand befestigt. Die Spatzierhöfe sind so angebracht, daß die Sträflinge frische Luft schöpfen, gehörige Bewegung haben können und dadurch, daß die Höfe mit einem Dache versehen sind, vor Sonne und Regen geschützt werden. Da das Prinzip der Isolirung in der Anstalt so durchgeführt ist, daß die Sträflinge, auch wenn sie bei dem Gottesdienste versammelt sind, sich einander nicht sehen können und keiner von dem Daseyn des andern in der Anstalt wissen soll, so ist die Kapelle so eingerichtet, daß jeder Gefangene einen so abgesonderten Sitz hat, daß er den Geistlichen sehen und von ihm gesehen werden kann, aber außer Stand ist, andere Gefangene zu sehen. Die Kapelle dient zugleich dazu, daß in ihr auch der Lehrer Unterricht mehreren Gefangenen auf einmal ertheilen kann.

Ueber das Ergebniß des neuen in der englischen Anstalt durchgeführten Systems wollen wir unseren Lesern die Nachrichten aus den offiziellen Berichten und nach den Beobachtungen sachkundiger Männer mittheilen, welche die Anstalt besuchten. Es ist wichtig, daß Alle, mit welchen der Verfasser des vorliegenden Aufsatzes über den Eindruck, welchen der Besuch in Pentonville auf sie hervorbrachte, zu sprechen Gelegenheit hatte, ihre Ueberzeugung aussprechen, daß die Anstalt leistet, was man nur immer fordern kann. Der Vorsteher ist ein mit seltener Berufstreue thätiger Mann, und Männer, welche strenge beobachten, erklären, daß vorzüglich die Behandlung der Gefangenen durch die Vorstände und Unteraufseher geeignet ist, wohlthä-

tig zu wirken. Im Charakter der Engländer liegt der Ernst welcher dieselben antreibt, mit voller Seele das was die Pflicht gebietet zu thun, und überall wo der Beamte mit Untergebenen in Berührung kommt, sie zwar strenge und ohne viele unnütze Worte, aber mit Menschlichkeit und Wohlwollen zu behandeln. Was von Würth in seinem Werke als Ergebniß seiner Besuche in Pentonville angiebt[13]), wird auch von anderen Besuchenden bestätigt. An die Stelle des scheuen tückischen Blickes, der an den Gefangenen in den meisten Strafanstalten zu beobachten ist, tritt in Pentonville bei den Gefangenen ein offener und gerader Blick, welcher zeigt, daß die Seelenstimmung des Gefangenen eine andere ist, als in den alten Gefängnissen. Aus den Aussagen (Hr. v. Würth theilt Aussagen von 10 Sträflingen mit) ergiebt sich, daß in den ersten Wochen sie die Einzelnhaft für sehr drückend erkennen, bald aber sich daran gewöhnen, und dann sogar die Isolirung weit dem Zusammenleben mit anderen Gefangenen vorziehen; auf jeden Fall gestehen die Sträflinge, welche zuvor in andern Strafanstalten sich befanden, in denen das System des Stillschweigens bestand, daß dies Gebot völlig unwirksam sey und die Gefangenen leicht sich verständigen können. Wir dürfen aber nicht verschweigen, daß in Bezug auf einen Punkt bei vielen Vertheidigern des in Pentonville bestehenden Systems eine Selbsttäuschung obwaltet, nämlich darüber, daß die Gefangenen nach diesem Systeme sich einander nicht kennen lernen und keiner von dem Daseyn des andern in der Anstalt weiß. Der gewissenhafte Beobachter v. Würth[14]) gesteht selbst, daß die Spatzierhöfe und die Kapelle vielfach zu Verständigungen benutzt werden.

---

13) Die neuesten Fortschritte des Gefängnißwesens S. 126 — 135.

14) in seinem Werke S. 110.

Der Verfasser des gegenwärtigen Aufsatzes hat aber von Freunden, welche genau in Pentonville beobachteten und selbst Geständnisse von Gefangenen erhielten, erfahren, wie häufig ein Sträfling von dem Daseyn des andern in der Anstalt weiß und wie die Verständigung in der Kapelle leicht möglich ist, theils bei dem Hin- und Herführen der Gefangenen, theils indem ein Gefangener mit dem Nachbar durch die Klopfsprache sich verständigt, theils während des Gottesdienstes, indem der Gefangene der Melodie des geistlichen Liedes ganz andere Worte unterlegt, um mit dem Nachbar sich zu verständigen. Am bedeutendsten ist die Erforschung, wie das System der Absonderung nach den bisherigen Erfahrungen in England auf die körperliche und geistige Gesundheit der Sträflinge wirkte. Merkwürdig ist, daß von Jahr zu Jahr in England die Stimmen derjenigen, welche mit Heftigkeit gegen das neue System sich aussprachen, jetzt für dies System sich erklären. Der Verf. dieses Aufsatzes hat selbst in Frankfurt Gelegenheit gehabt, vielfach von der Richtigkeit dieser Behauptung sich zu überzeugen. Nur eine Schrift hat neuerlich in London einiges Aufsehen gemacht und auch in Deutschland schon den Feinden des Absonderungssystems Waffen in die Hand gegeben. Es ist dies die Schrift von Laurie (Alderman in London, Verfasser mehrerer Schriften, z. B. über große Jury.)[15]). Da Laurie seine Behauptungen, daß die einsame Haft die geistige und körperliche Gesundheit tief angreife und nachtheilig wirke, vorzüglich auf die eigenen Jahresberichte der Beamten über die Strafanstalten baut, so halten wir es für Pflicht, gewiss-

---

15) Die Schrift führt den sonderbaren Titel: **Killing no murder or the effects of separate confinement on the bodily and mental condition of the prisoners, by S. Laurie. London 1846.**

senhaft unseren Lesern Auszüge aus den amtlichen Aktenstücken mitzutheilen.

Da die ersten zwei über Pentonville erstatteten Jahresberichte in Deutschland durch öffentliche Blätter, insbesondere durch die Jahrbücher der Gefängnißkunde hinreichend bekannt sind, so soll unsere Mittheilung sich vorzüglich auf die zwei letzten Jahresberichte beziehen. Nach dem dritten über das Jahr 1844 erstatteten Berichte[16]) hat sich das System sehr gut bewährt. Die Sträflinge haben sich im Ganzen sehr gut betragen, und nach den Zeugnissen der Gefängnißbeamten empfinden die Gefangenen die Einzelnhaft als eine sehr strenge Strafe; allein dies Gefühl mindert sich bald und macht dem Gefühle Platz, daß der Gefangene die Vortheile erkennt, vor den Nachtheilen des Zusammenlebens mit anderen verdorbenen Individuen bewahrt zu seyn und innerhalb der gesetzlichen Schranken in der Einsamkeit die Freiheit zu genießen, durch gutes Betragen die Vortheile zu erlangen, welche nach dem Ende der Strafzeit in Pentonville denjenigen erwarten, der sich gebessert hat. Auch das Gefühl, daß er in der Anstalt etwas erlernen kann, was ihm bei seinem Austritt aus dem Gefängniß zum Besten kommt, wirkt wohlthätig. Von 366 Gefangenen wurden 201 in Gewerben unterrichtet, die sie zuvor nicht erlernt hatten, 141 lernten andere Gewerbe als sie früher trieben. Von den am Schlusse von 1843 aufgenommenen 525 Gefangenen konnten zur Zeit ihrer Aufnahme nur 169 gut, 84 mittelmäßig, 163 nur unvollkommen, 169 gar nicht lesen, und am Ende von 1844 lasen 407 Sträflinge gut, 26 mittelmäßig, 22 un-

16) Third Report of the commissioners for the government of the Pentonville Prison. London 1845.

vollkommen. Ebenso ging es mit der Erlernung des Schreibens und Rechnens. Von 525 Gefangenen hatten 187 keine Religionskenntnisse, nur 66 gute, 132 einige, 140 wenige, und am Ende von 1844 waren 424 in der Religion gut unterrichtet. Da, wie die Leser wissen, die Gefangenen in Pentonville nach Ablauf von 18 Monaten transportirt und nach der Art ihres Betragens in der Anstalt classificirt werden, so daß diejenigen, welche sich gut betrugen, einen Freischein (ticket of leave) erhalten, und so in der Colonie fast alle Vortheile der Freiheit genießen, so ist es wichtig die Ergebnisse der Classification 1844 kennen zu lernen. Von 382 Sträflingen, welche 1844 transportirt wurden, kamen 288 in die erste Klasse (also als gebessert), 78 in die zweite (also Versuchsklasse) und nur 13 wegen schlechter Aufführung in die letzte Klasse. Ueber den moralischen Zustand der Gefangenen geben die angewendeten Disciplinarstrafen Aufschluß. Es waren 1844 741 Individuen in der Anstalt; davon wurden nur 69 und unter diesen nur 10 zweimal bestraft. 33 Disciplinarstrafen wurden wegen Mittheilungen oder Versuchen der Verständigung, 20 wegen Ungehorsams oder unehrerbietigen Betragens, 2 wegen thätlicher Beleidigung eines Aufsehers erkannt. Körperliche Züchtigung wurde nie angewendet. Am 1. Januar 1843 waren 501 in der Pentonviller Anstalt, dazu kamen 1844 240. Von diesen 741 wurden nach Ablauf ihrer Strafzeit transportirt 366, in das Milbankgefängniß wurden wegen ihrer Gesundheit versetzt 4, begnadigt wurden wegen ihrer Gesundheit 7, begnadigt aus anderen Gründen 11, wegen schlechter Aufführung nach Milbank versetzt 13, und als unverbesserlich dahin gebracht 3; wegen Wahnsinns wurde nach dem Hospital gebracht 1, und 3 starben. Merkwürdig ist der Bericht des Schiffarztes

Hampton, der die Transportirten in die Colonie begleitete, und bezeugt, daß die Transportirten während der lange dauernden Ueberfahrt sich musterhaft betrugen und namentlich gegen kein Individuum der ersten Klasse sich eine Klage ergab. Er glaubt, daß man gefahrlos diese Leute ohne alle Aufsicht lassen könnte. Der Gesundheitszustand der Gefangenen in Pentonville wird von den Beamten als gut geschildert. Nur 14 schwere Krankheitsfälle kamen 1844 vor, darunter 3 Fälle von Schwindsucht, 2 Fälle von Typhus, 2 Augenentzündungen. Die anderen Krankheitsfälle waren unbedeutend (1139 Fälle wegen Verstopfung, 118 wegen leichter Diarrhöe, 238 katharralische Affectionen). Von den 3, die in der Anstalt starben, starb einer schon 29 Tage nach der Aufnahme am typhösen Fieber, 1 nach 8 Monaten an Unterleibsdrüsen, 1 nach 15 Monaten an Schwindsucht. Es kam vom 1. Januar 1844 bis März 1845 kein Wahnsinnsfall vor; ein Fall gehört dem Jahre 1843 an; der Kranke wurde aber erst 1844 nach dem Hospital gebracht. Merkwürdig ist die Erklärung des Arztes, daß bei 23 Gefangenen ausgemittelt wurde, daß sie erbliche Prädispositionen zu Geisteskrankheiten hatten, daß sich aber in der Anstalt entschiedene Besserung zeigte und das System daher keinen nachtheiligen Einfluß auf den geistigen Zustand der Gefangenen äußert. Es kamen 2 Selbstmordversuche 1844 vor; allein der eine Gefangene von beschränkten Verstandeskräften scheint sich unglücklich gefühlt zu haben, daß er die Arbeit nicht gehörig zu Stande bringen könne; der zweite machte den Versuch den Tag zuvor, als ihm angezeigt wurde, daß er aus der Anstalt transportirt würde.

Der 4te Bericht, erstattet 1846 über das Jahr 1845, enthält viele wichtige Aufschlüsse. Es ergiebt sich

daraus, daß von der Regierung im Laufe des Jahrs eine bedeutende neue Einrichtung in Bezug auf die Classification der nach Ablauf von 18 Monaten zu transportirenden Gefangenen getroffen wurde. Während anfangs nur 3 Klassen gemacht waren, wurde eine vierte Klasse, die der Verbannten (exiles) gegründet, und zwar weil nach den neuesten Nachrichten die finanziellen Verhältnisse in der Colonie ungünstig sich zeigten, insbesondere die Preise der Arbeit auf Van-Diemensland sich sehr verminderten. Diejenigen nun, welche sich sehr gut in Pentonville betrugen, können als exiles oder als bedingt Begnadigte classificirt werden, so daß sie vor dem Ablauf ihrer Strafzeit nicht in das Mutterland zurückkehren, in der Colonie aber alle Freiheit wie andere Colonisten haben. 21 Gefangene, die aus Pentonville entlassen waren, wurden als solche exiles transportirt. Von 345 im October Transportirten wurden 176 in die Klasse der exiles mit conditionel pardon, 91 in die 2te Klasse mit Freipaß, 78 in die 3te mit Prüfungspaß (probationary pass) eingereiht. Im Juli 1845 wurde wieder eine Sendung der Transportirten veranstaltet, davon 51 als exiles, 35 mit ticket of leave, 14 mit probation passes. Die Regierung erhielt sehr befriedigende Berichte über das Betragen und die Schicksale dieser Transportirten; diese Leute erhielten bald Beschäftigung. Nach dem Berichte von Hampton, des Oberarztes des Schiffs „George Seymour", auf welchem die Gefangenen transportirt wurden, betrugen sich die Sträflinge sehr gut, waren folgsam, und Hampton, der oft schon Transportirte begleitete, bezeugt, daß er nie so gut geartete Gefangene transportirt habe. Bei ihrer Ankunft in der Colonie erhielten die exiles schnell Beschäftigung und zwar jährlichen Arbeitslohn von 15

bis 20 Pfund. Die exiles wurden nach Geelong auf Port Philipp gebracht und hier ist der Bericht der Geelong Emigration Society merkwürdig. Es wird darin bezeugt, daß die auf dem Schiff „Lord Seymour" Angekommenen sich gut betragen, daß unter den Colonisten eine günstige Meinung über sie herrscht, daß es ihnen an Arbeit und Verdienst nicht fehlen wird, und daß man nur wünsche, daß die exiles sorgfältig ausgewählt werden und daß es an Frauen nicht fehlen möge. Auch wird bezeugt, daß die Gewerbe, welche die Gefangenen in Pentonville erlernten, in den Colonien gut betrieben werden können. Auch ein anderer Bericht des Arztes (Hr. Baker) giebt an, daß die Transportirten in guter Gesundheit sich befanden, daß sie (mit wenigen Ausnahmen) auf dem Schiffe gut sich betrugen und in der Colonie leicht Beschäftigung fanden (Einer mit 35 Pfund, ein Anderer mit 50 Pfund jährlichen Verdienstes). Weniger günstig lauten die Berichte über das Schicksal der mit ticket of leave und probation passes nach Van-Diemensland Transportirten. Hier fehlte es an Beschäftigung, und die schlechten gesellschaftlichen Zustände in dieser Colonie lassen besorgen, daß die Transportirten den Versuchungen unterliegen werden. Die Commission wünscht, daß man für die Zukunft keine Transportirten nach Van-Diemensland sende. Nach dem Berichte ist wieder bei 200 Sträflingen die Zeit von 18 Monaten verflossen; ihre Aufführung war so gut, daß sie empfohlen werden, bedingte Begnadigung zu erhalten.

Nach dem 4ten Berichte war im Allgemeinen das Betragen der Gefangenen in Pentonville gut. Von 616 Gefangenen erhielten nur 148 Disciplinarstrafe (99 nur einmal, 28 zweimal). Die Vergehen waren: Versuch, durch *Schreiben* mit andern Gefangenen zu verkehren (in 76 *Fällen*), Versuche durch Worte sich zu verständigen (30),

durch Zeichen (14), Ungehorsam (in 58 Fällen), Gewaltthätigkeit gegen Aufseher (in 2). Nach dem Berichte des Gefängnißgeistlichen hat die Besserung der Gefangenen Fortschritte gemacht. Er bezeugt, daß die Mehrzahl der Gefangenen in einem verwahrlosten Zustande in die Anstalt kamen, keinen Unterricht erhielten, so daß sie gestanden, daß sie der Predigt nicht folgen könnten, weil sie den Geistlichen nicht verständen. Es ergiebt sich, daß eine große Zahl von Gefangenen, die bei dem Eintritt in die Anstalt gar nicht oder schlecht lesen konnten, bei dem Austritt gut unterrichtet waren. Sehr belehrend sind die dem Berichte des Geistlichen (report p. 27) beigefügten Nachweisungen über die Lebensverhältnisse einzelner Gefangenen; nach der Beobachtung des Geistlichen übt die einsame Einsperrung ebenso eine heilsam abschreckende als eine bessernde Wirkung aus. Die Sträflinge erkennen allmählig die Vortheile der Isolirung, und der Geistliche, der sie beobachten kann, spricht die Ueberzeugung aus, daß ein großer Theil der Gefangenen, die vorher aus völliger Unwissenheit, Mangel an religiöser Bildung und in der schlechten Gesellschaft zu Verbrechen kamen, sich wohl fühlen unter einer Gefängnißzucht, die die Forderungen der Menschlichkeit nicht verletzt. Viele Gefangene lernten nützliche Gewerbe; 53 die nie ein Gewerbe betrieben, wurden gut darin unterrichtet. Ueber den Gesundheitszustand der Gefangenen giebt der Bericht die Nachricht, daß von 445 Gefangenen, die durchschnittlich täglich in der Anstalt waren, nur 23 bedeutender krank waren. Der Krankenstand war den Tag über durchschnittlich 16. Nur 4 starben 1845. Der Eine an einem Absceß in den Nieren, der Andere an einem organischen Fehler in den Eingeweiden, zwei an Lungenschwindsucht. Zwei Sträflinge wurden wegen schlechter Gesundheit aus der An-

stalt gebracht, 4 erhielten aus Rücksicht auf ihre Gesundheit Begnadigung. In Bezug auf den geistigen Zustand giebt der Arzt Nachricht, daß ein Wahnsinnsfall vorkam. Der Gefangene wurde in das Bethlemhospital gebracht. Bei zwei Anderen zeigten sich bedenkliche Zufälle, allein nach kurzer ärztlicher Behandlung befanden sich beide ganz wohl. Die Aerzte der Transportschiffe bezeugen, daß die Gesundheit der Transportirten gut war, und selbst besser als die der Soldaten auf dem Schiffe. Hampton, (Oberarzt auf dem Schiffe Seymour) bezeugt, daß die Transportirten ihre sonstigen, bei dem Zusammenseyn von Gefangenen bemerkten Gewohnheiten verloren hätten, daß sie weder Mangel an Energie noch Abspannung gezeigt hätten. Er bemerkt jedoch, daß der plötzliche Uebergang von dem völlig einsamen Leben zum Zusammenleben mit vielen Anderen eine Zahl von Convulsionen und in vielen Fällen Erbrechen, in anderen hysterische Zustände hervorgebracht habe, daß aber nach drei Tagen diese Zufälle völlig aufgehört hätten. Es wurde, um die Nachtheile des schnellen Uebergangs zu beseitigen, nun verordnet, daß die aus Pentonville Tretenden vor ihrer Transportirung auf einige Zeit nach Milbank gesendet werden sollen.

Noch muß die Aufmerksamkeit unserer Leser auf eine wichtige Schrift, welche der Generalinspector Russel dem Gefängnißcongresse in Frankfurt 1846 widmete [17]), geleitet werden. Die Schrift enthält eine gedrängte Darstellung desjenigen, was in England über die Gefängnißreform in den letzten Jahren vorkam; und zwar zuerst eine Prüfung der verschiedenen Systeme, eine Nachweisung, daß das Schweigsystem auf keiner rich-

---

17) Adress to the Congress assembled at Frankfort on the *subiect* of prison reform, by Russel. London 1846.

tigen Grundlage beruht, nicht durchführbar ist, während das Absonderungssystem allen Forderungen entspricht. Der Verfasser giebt die günstigen Erfahrungen Englands an, insbesondere mit Auszügen aus den Berichten über Pentonville. Interessant sind die Nachweisungen über Sterblichkeit in den Gefängnissen. Während in Pentonville das Verhältniß der jährlichen Todesfälle 7 (29) auf 1000 ist, ist es in Auburn 19, in Milbank 21. So zeigt sich auch, daß in Pentonville weit weniger Todesfälle wegen Lungenschwindsucht als in anderen Gefängnissen vorkommen.

Vorzüglich verdient jener Theil der Schrift Beachtung, worin die schriftlichen Erklärungen der Gefangenen von Pentonville mitgetheilt werden. Vor der Einschiffung von 345 Gefangenen wurden sie von dem Gouverneur und dem Geistlichen in Pentonville aufgefordert, auf einem Blättchen Papier ihre Ansichten und Gefühle über den Eindruck anzugeben, welchen ihr Aufenthalt in der Anstalt auf sie gemacht habe. Man versprach ihnen, daß von diesen Erklärungen kein Gebrauch gemacht werden sollte, bis die Gefangenen eingeschifft seyn würden, und daß auf keinen Fall ihre Erklärungen einen Einfluß auf ihr Schicksal in der Colonie haben sollten. 300 Gefangene gaben nun ihre Erklärungen ab, und Russel theilt in seiner Schrift[18]) mehrere derselben mit. Es ergiebt sich daraus, daß der Gefangene die Behandlung in Pentonville als sehr strenge und, wie Manche sich ausdrücken, widerstrebend den geselligen Neigungen des menschlichen Herzens erkennen, dennoch aber das System und ihren Aufenthalt in der Anstalt segnen, weil sie menschlich behandelt, gut un-

---

18) S. 24—29.

terrichtet und in den Stand gesetzt würden, sich zu guten Menschen auszubilden. Mehrere waren zuvor in anderen Gefängnissen, und erklären, daß dort das Zusammenleben mit anderen Gefangenen höchst verderblich sey, und Niemand sich gegen die Verführungen erwehren könne, während die Behandlung in Pentonville höchst wohlthätig auf sie gewirkt hätte.

Um unsere Leser in den Stand zu setzen, über den Zustand englischer Gefängnisse zu urtheilen, müssen wir noch Auszüge aus den Berichten des Gefängnisses von Milbank und anderen Gefängnissen sowohl solcher, die nach dem Muster von Pentonville eingerichtet sind, als anderer, in denen das Schweigsystem gilt, mittheilen.

Milbank ist als Gefängniß für diejenigen bestimmt, welche zur Transportation verurtheilt sind und so lange in der Anstalt bleiben, bis sie transportirt oder nach Anordnung der Regierung in eine andere Strafanstalt gebracht werden. Die aufgestellten Inspectoren machen unter den Gefangenen nachstehende Classification: 1) Alle wegen schwerer Verbrechen, die vor der letzten Verbesserung der Strafgesetze Todesstrafe nach sich zogen (z. B. Brandstiftung, Nothzucht, Fälschung), Verurtheilten werden zuerst nach Norfolk-Island transportirt auf 2 oder 4 Jahre. Dahin werden ferner alle zur lebenslänglichen Transportation Verurtheilten, so wie alle gesendet, die auf wenigstens 15 Jahre wegen Verbrechen mit erschwerenden Umständen, und alle Verurtheilten, welche früher schon zur Transportation verurtheilt waren. Wenn diese convicts eine gewisse Zeit in Norfolk-Island zubrachten, so kamen sie nach Beschaffenheit ihres Betragens in eine bessere Klasse stufenweise. Im J. 1845 wurden 608 convicts nach Norfolk-Island transportirt. 2) Alle männliche großjährige Sträflinge, die zur Transportation verurtheilt

sind und guter Gesundheit genießen, werden nach Van-Diemensland auf 1 Jahr gesendet und können darin bei guter Aufführung stufenweise in eine bessere Klasse kommen. Im J. 1845 betrug die Zahl dieser convicts 1596. 3) Im Jahr 1845 wurden 750 männliche Sträflinge nach den Schiffswerften von Bermuda und Gibraltar gesendet, und solche aus der Klasse, in der sonst die Sträflinge in die probation gangs von Van-Diemensland gesendet wurden. 4) Nach Pentonville werden die auf weniger als 15 Jahre Transportation Verurtheilten zwischen 18 und 35 Jahren gebracht, wenn sie zum ersten Mal verurtheilt sind. (Im J. 1845 kamen aus Milbank dahin 283.) 5) Auf die Gefangenschaft (hulks) der Invaliden zu Woolwich kommen die, welche wegen schwacher Gesundheit oder Lähmung unfähig zur Arbeit sind und nicht wohl transportirt werden könnten. 6) Jugendliche Verbrecher werden nach Parkhurst gebracht. 7) Eine eigene Abtheilung (juvenile ward) ist in Milbank für jugendliche Verbrecher bestimmt, die zu jung für Pentonville und doch zu alt für Parkhurst sind. Diese werden sorgfältig unterrichtet, erlernen nützliche Gewerbe, werden streng beaufsichtigt. Von den Sträflingen wurden wegen ausgezeichneter Aufführung 4 nach Australien mit bedingter Begnadigung, 42 wegen sehr guten Betragens nach Van-Diemensland mit Freipaß, 187 wegen guten Betragens mit probationary passes und 42 wegen schlechter Aufführung nach Van-Diemensland zur Arbeit gesendet. Eine große Verbesserung ist in Bezug auf die Transportschiffe gemacht, in sofern die Sträflinge in besondere Abtheilungen (immer 8 Sträflinge zusammen) sich befinden; in der Nacht hat jeder seine besondere Schlafstätte. Die Räume sind erleuchtet. Ein eigener Lehrer giebt den Gefangenen religiösen und andern Unterricht. Es ist selbst dafür ge-

sorgt, daß die convicts auf der Reise beschäftigt werden. Aehnliche Einrichtungen sind auch für die verurtheilten Verbrecherinnen getroffen und eine eigene Oberaufseherin ist für sie auf dem Schiffe angestellt, damit die Sträflinge nicht mit Männern in Berührung kommen. Im J. 1844 befanden sich in Milbank 4105, 1845 3523 Sträflinge. Im Allgemeinen soll ihr Betragen gut gewesen seyn. Disciplinarstrafen mußten gegen 506 erkannt werden; aber auch körperliche Züchtigung (nach dem Berichte unentbehrlich) wurde gegen 32 Sträflinge erkannt. Todesfälle kamen 1844 17, 1845 15 vor. Wenn bei einem Sträfling sich ein schlechter Gesundheitszustand ergab, so wurde er entfernt oder begnadigt. Krank waren 1844 639, 1845 565 Gefangene. Fälle von Geisteskrankheiten kamen 4 im J. 1845 vor; bei dreien ist es gewiß, daß sie schon zur Zeit als sie nach Milbank kamen wahnsinnig waren; nur bei dem vierten brach die Seelenstörung erst 40 Tage nach seiner Aufnahme aus. Zwei Gefangene tödteten sich selbst; einer war wahnsinnig. Im J. 1844 kamen drei Wahnsinnsfälle vor.

Das Beispiel der Errichtung neuer auf absolute Isolirung gebauter Gefängnisse findet immer mehr Nachahmung in den einzelnen Grafschaften Englands. Errichtet sind bisher schon nach dem Isolirungssysteme Strafanstalten in Aylesbury, in Preston, Bath, Usk, Shrewsbury, Northampton, Wakefield, Stafford, Leeds, Manchester, Liverpool, Leicester und Birmingham, Bristol, Worcester, Perth in Schottland. Von keinem haben wir vollständigere und bessere Nachrichten, als von dem neu erbauten Gefängnisse zu Reading in der Grafschaft Berkshire. Wir verdanken darüber ein Werk dem Hrn. Field dem Geistlichen jener Anstalt [19]). Als Field 1840 als Geist-

---

19) **Prison discipline the advantages of the separate system of imprisonment as established in the new County Gaol**

licher nach Reading berufen wurde, überzeugte er sich bald davon, daß alle seine Bemühungen fruchtlos seyn würden, so lange das bisherige mangelhafte System fortbestände. Im J. 1841 machte er schon dem Gerichte der Quarter-sessions eine Schilderung des traurigen Zustandes der Anstalt und veranlaßte den Beschluß der Erbauung eines neuen Gefängnisses. Der Bau wurde 1844 vollendet. Der Plan ist im Wesentlichen der von Pentonville. 20 Höfe, in welchen die Gefangenen im Freien Bewegung haben (ein Theil des Hofes ist mit einem Dache gedeckt, damit auch bei schlimmer Witterung sich die Sträflinge dort aufhalten können), sind angebracht. Ein Garten der Anstalt giebt einer kleinen Anzahl von Gefangenen Gelegenheit zur Gartencultur. Jede Einzelnzelle hat 13 Fuß in der Länge, 7 in der Breite, 10 in der Höhe. Durch eine Vorrichtung in jeder Zelle vermittelst einer angebrachten Schelle, so daß die Wärter sogleich wissen, in welcher Zelle geschellt wurde, ist gesorgt, daß der Gefangene sogleich den Wärter rufen kann. In der Kirche sind wie in Pentonville Abtheilungen (stalls) angebracht, in denen jeder Gefangene dem Gottesdienst anwohnen, den Geistlichen sehen, aber die Mitgefangenen nicht sehen und nicht mit ihnen sprechen kann. Dennoch bezeugt Hr. Field (p. 71 note), daß eine große Zahl von Uebertretungen die Gefängnißzucht in Versuchen der Gefangenen besteht, mit einander in der Kirche zu schwätzen.

Der Verf. des Werkes liefert eine Tabelle, nach welcher die Zahl der Gefangenen nach dem alten Systeme in der Anstalt sich jährlich vermehrte (1840

---

of Reading. By R. Field, chaplain to the Gaol. London 1846.

wurden wegen felonies verurtheilt 175, 1842 193, 1843 188, im J. 1845, wo das neue System in Wirksamkeit war, 122). Die Zahl der Angeschuldigten wegen felonies betrug durchschnittlich in den 5 Jahren vor 1845 114, im J. 1845 nur 72. Die Gesammtsumme der Gefangenen in der Anstalt in den letzten 5 Jahren nach dem alten System war 976, und 1845 sank die Zahl auf 772. Nach dem Zeugnisse des Hrn. Field ergiebt sich, daß nach dem neuen System wesentlich die Sträflinge gebessert erscheinen. Eine größere Scheu vor der Strafe ist die allgemeine Frucht des neuen Systems, das auch dadurch sich bewährt, daß die Strafzeiten jetzt kürzer seyn können und 12= oder 18monatliche Einsperrung jetzt hinreicht, wo nach dem alten System Gefängniß auf 2 Jahre nöthig war. Nur macht der Verf. die Bemerkung, daß kurzdauernde Strafen nach dem neuen System nicht wirksam sind. Nach der vom Verf. angegebenen Tagesordnung (p. 127—133.) sieht man, daß die Gefangenen in dem Gefängniß von Reading zweimal des Tages von 10 — 11 und 3 — 4 Uhr) im Freien Bewegung haben, daß sie von dem Geistlichen täglich allgemeinen Unterricht in der Kapelle und einzeln in der Zelle bekommen. Field giebt zu (p. 140.), daß ein Grundelement in der menschlichen Natur der Verkehr mit anderen Menschen, und der Associationsgeist ist, daß auch von der Mehrzahl der Gefangenen nicht erwartet werden darf, daß sie durch Nachdenken über sich in der Einsamkeit sich erheben. Das richtige Pönitentiarsystem muß auf diesen Grundsätzen fortbauen. Nach seinen Erfahrungen ist für die meisten Gefangenen das Empfindlichste, wenn man ihnen die Arbeit entzieht. Bei dem Isolirungssysteme wird vorzüglich die Beschäftigung von dem Gefangenen

liebgewonnen und daraus entwickelt sich bei ihm die Liebe zur Arbeit. Der Verf. zeigt die Wichtigkeit, die Gefangenen zur Reinlichkeit anzuhalten, und weiset nach, wie wohlthätig sich dies bei dem Isolirungssysteme durchführen läßt. Einen besondern Werth legt der Verf. (p. 161.) auf die Veranstaltung, daß kein Sträfling den andern kennen lerne, und führt Erfahrungen an, daß blos darin, daß ein Sträfling nach seiner Entlassung mit Genossen, die ihn im Gefängnisse kennen lernten, die Ursache der Begehung von Verbrechen lag. Interessante Bemerkungen werden (p. 169.) über die Verköstigung der Gefangenen gegeben. In Bezug auf die Wirkung der absoluten Isolirung auf die Gesundheit der Gefangenen behauptet der Verf. (p. 177.), daß unter dem System der völligen Trennung der Gesundheitszustand in der Anstalt zu Reading besser war, als zur Zeit, in der die Gefangenen vermengt waren. In dem Jahre 1840 kamen Fälle der Unpäßlichkeit von Gefangenen 372, im J. 1841 337, 1842 345 vor, im J. 1845 (nach dem neuen Systeme) 128. — Bedeutendere Krankheitsfälle waren 1840 85, 1841 86, 1842 70, und im J. 1845 nur 8. Todesfälle sind 1840 12, 1841 4, 1842 5, 1845 nur 1 bemerkt. In Bezug auf den Einfluß des Systems auf den Geist der Sträflinge bemerkt der Verf. (p. 184.), daß keine ungünstige Erfahrung in Reading vorkam. Bemerkenswerth sind die Beobachtungen des Verfs. (p. 186.) über die Nothwendigkeit, daß die Gefängnißbeamten genau den vorigen Lebenswandel und den Charakter der Sträflinge studiren, über die Sorgfalt, die angewendet werden muß, um den Sträfling nicht herabzuwürdigen, das Schamgefühl zu erwecken, das Gefühl, daß er die Strafe als gerechte verdiente Folge seines Verbre-

chens leide, bei ihm zu befestigen. Trefflich ist auch, was der Verf. (p. 207.) über die Gefahren der Heuchelei sagt; wobei er ausspricht, daß es bedenklich wäre, bei kürzeren (unter 2 Jahren) Strafzeiten eine Abkürzung der Strafe wegen guter Aufführung des Sträflings zu gestatten. Der Verf. hält für die Bewirkung der Besserung der Sträflinge die Anwendung der Gefängnißzucht während längerer Zeit für nothwendig. Der Verf. erklärt sich gegen die Anwendung körperlicher Züchtigung in Strafanstalten; er gesteht, daß Versuche der Sträflinge, mit einander sich zu verständigen, vorkommen, und setzt hinzu (p. 218.): S c h l ä g e w e r d e n s e l t e n g e g e b e n (also finden sie doch auch nach der neuen Gefängnißzucht Statt). Nach seiner Erfahrung ist der Versuch der Sträflinge, zu täuschen, häufig; der Verf. bezeugt aber (p. 299.), daß nach dem neuen Systeme er öfter beobachtet, daß die Sträflinge unverstellt und wahrhaft über ihren Zustand sprachen. Nach den Beobachtungen des Verfs. (p. 232.) ist Zusammenleben mit anderen Gefangenen eher ein Mittel, menschenfreundliche Stimmungen zu wecken und zu nähren, während die Einsamkeit wohlwollender stimmt. Er erklärt auch die Isolirung als ein Hauptmittel, auf die Erziehung der Gefangenen zu wirken. Bedeutend sind die Nachrichten (p. 256 — 288.), wie wohlthätig zweckmäßiger religiöser Unterricht nach dem neuen System auf die Gefangenen wirkte, und (p. 293.) über den Einfluß der Besuche, die die Gefangenen von den Mitgliedern der Aufsichtscommission erhalten. Ein 1845 von dem Verf. der Quarter-sessions in Berkshire vorgetragener Bericht ist im Anhang abgedruckt und giebt günstige Nachrichten über die Wirkungen des neuen Systems. — An die Darstellung von F i e l d reihen sich die Berichte, welche von

den mit der Visitation des Gefängnisses beauftragten Richtern, von dem Gouverneur, Geistlichen, Arzt über das Gefängniß von Reading erstattet und im neuesten Berichte [20]) der Generalinspectoren abgedruckt sind. Alle stimmen in der Schilderung der herrlichen Wirkung des Absonderungssystems überein. Eine entschiedene Besserung der Sträflinge ist bemerkbar, und erfreulich ist es zu erfahren, daß im letztern Jahre kein Todesfall, kein Fall des Wahnsinns unter den Gefangenen vorkam.

(Fortsetzung im nächsten Stücke.)

20) **Tenth Report of the Inspectors of prisons. Home district. London 1845. pag. 34—76.**

Halle,

Gebauer-Schwetschkesche Buchdruckerei.

Literarische Anzeige.

In der Elwert'schen Universitäts-Buchhandlung zu Marburg ist erschienen und in allen Buchhandlungen zu haben:

Vangerow, Dr. K. A. von, Hofrath zu Heidelberg, Leitfaden für Pandekten-Vorlesungen. Dritten Bandes erste Lieferung oder der Obligationen erste Abtheilung. **Zweite Auflage.** gr. 8. br. 1 Thlr. 15 Sgr. = 2 Fl. 42 Kr.

Erster Band: Allgemeine Lehren. S. g. Familienrecht. Dingliche Rechte. Dritte Auflage. 3 Rthlr. 18 Sgr. = 6 Fl. 15 Kr. Zweiter Band: Das Erbrecht. Dritte Auflage. 2 Rthlr. 22 1/2 Sgr. = 4 Fl. 27 Kr.

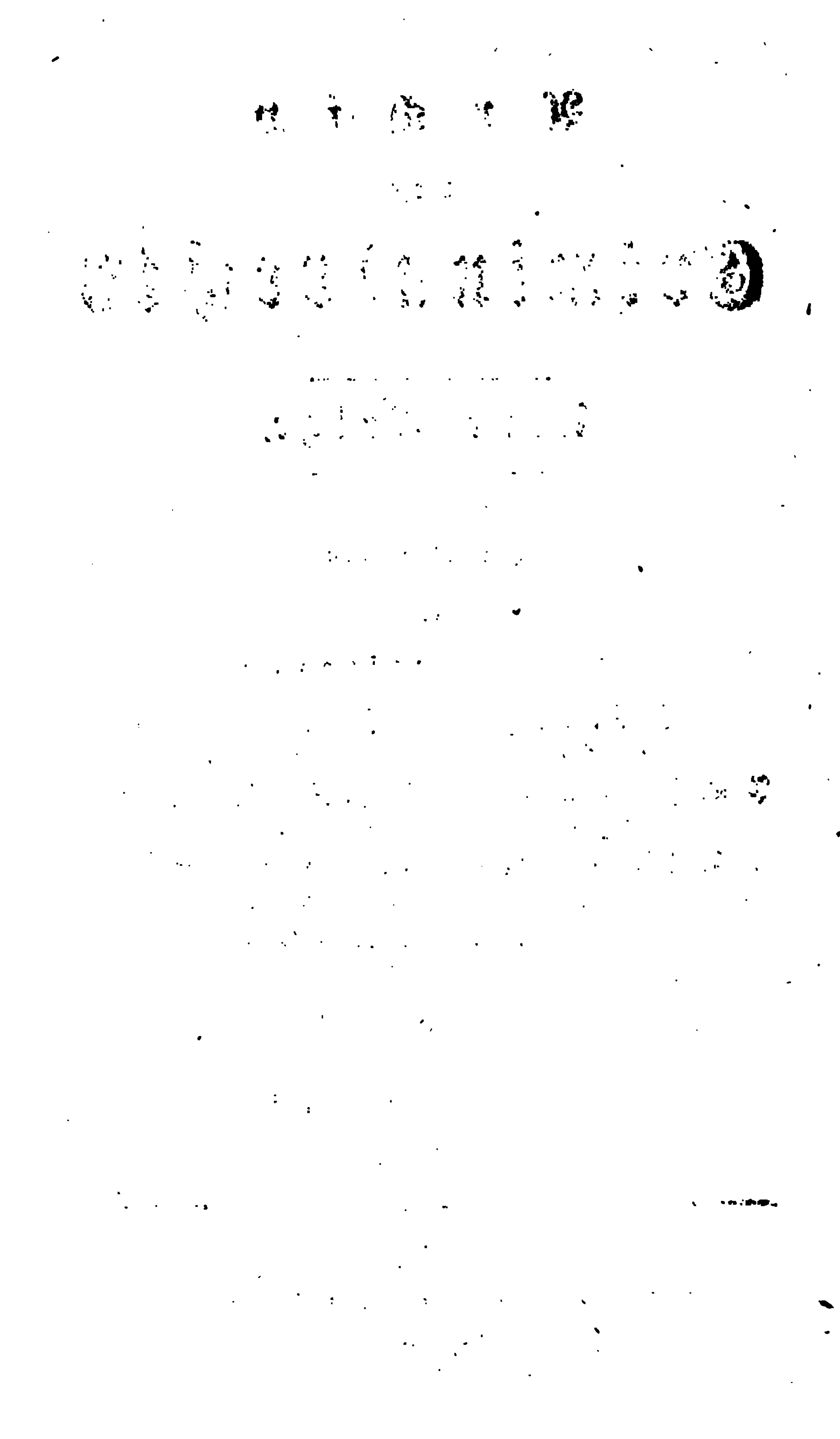
Die letzte Lieferung des ganzen Werkes wird binnen Kurzem erscheinen.

Urtheil des Ober-Gerichts zu Marburg in der Untersuchungssache gegen den Professor Dr. Sylvester Jordan, wegen versuchten Hochverraths. Nebst den Entscheidungsgründen. Neuer Abdruck. gr. 8. br. 11 Bogen. 15 Sgr. = 54 Kr.

Büchel, Dr. E., Professor zu Marburg, civilrechtliche Erörterungen. Zweite verbesserte und vermehrte Auflage. **Erster Band.** gr. 8. br. 30 1/4 Bogen. 2 Rthlr. = 3 Fl. 36 Kr.

Inhalt: I. Ueber die Wirkung der Klagenverjährung. II. Ueber die Natur des Pfandrechts. III. Ueber jura in re und deren Verpfändung.

Erkenntniß des Oberappellations-Gerichts zu Cassel in der Untersuchungs-Sache gegen den Professor Dr. Sylvester Jordan, wegen versuchten Hochverraths. Mit Anmerkungen und Akten-Auszügen begleitet v. H. F. Eggena, Obergerichtsrath zu Marburg. br. 20 Sgr. = 1 Fl. 12 Kr.



Archiv

des

Criminalrechts

Neue Folge.

Herausgegeben

von

den Professoren

J. F. H. Abegg
in Breslau,

F. C. Th. Hepp
in Tübingen,

J. M. F. Birnbaum
in Gießen,

C. J. A. Mittermaier
in Heidelberg,

A. W. Heffter
in Berlin,

C. G. v. Wächter
in Tübingen,

H. A. Zachariä
in Göttingen.

Jahrgang 1846.

Viertes Stück.

Halle
bei C. A. Schwetschke und Sohn.
1846.

Archiv
des
Criminalrechts

Neue Folge.

Jahrgang 1846. Viertes Stück.

XIV.

Beitrag zur Lehre über die Wirkung der Verjährung im Strafrecht,

nebst einem Anhang

über das Verhältniß dieser Lehre zu den Bestimmungen verschiedener deutscher Verfassungsurkunden über die Wahlfähigkeit eines Angeschuldigten zum Kammermitglied.

Von
Herrn Hofgerichtsadvocaten Kraus
in Darmstadt.

Motto: „Wer möchte je die Schriftsteller für alle die „Auslegungen verantwortlich machen, welche „einzelne Leser bei den unschuldigsten Stellen „machten!"

Rechtliches Gutachten der Heidelberger Juristenfacultat in US. ca. E. E. Hoffmann zu Darmstadt. 108 S.

Einleitung.

Die Wirkung der Verjährung im Strafrecht soll hier blos in soweit in Betrachtung gezogen werden, als sie sich rücksichtlich des Verbrechens äußert, bezüglich dessen

die Verjährung Statt gefunden hat: — obwohl dieselbe noch in verschiedener anderer [1]) Beziehung in Frage gestellt werden kann.

Die Beschränkung dieser Betrachtung ist veranlaßt durch den concreten Fall, welcher dieselbe hervorgerufen hat. Es ist dies die Untersuchungssache gegen den früheren Abgeordneten E. E. Hoffmann in Darmstadt wegen Theilnahme an einer angeblich bei den Wahlen zum 6ten Grh. Hessischen Landtag vorgefallenen 17 Xr. betragenden Bestechung, welche Untersuchung durch die von dem genannten E. E. Hoffmann im Druck herausgegebenen Broschüren bekannt geworden ist.

Ich bin dieser Angelegenheit fortwährend mit wissenschaftlichem Interesse gefolgt, welches besonders durch die Lage der Untersuchung erhöht wurde, weil hier E. E. H. von der Instanz absolvirt worden war, und erst nachher [2]) die Verjährung eingetreten ist, ohne daß ein Aufgreifen der Untersuchung gegen E. E. Hoffmann beabsichtigt worden war. Die praktische Seite des concreten Falls ruht aber insbesondere in der Verfassung des Großherzogthums, welche in einem Artikel wörtlich disponirt:

> Wer als Mitglied der einen oder der anderen Kammer auf Landtagen erscheinen will, darf nie wegen Verbrechen oder Vergehen, die nicht blos zur niederen Polizei gehören, vor Gericht gestanden haben, ohne gänzlich freigesprochen worden zu seyn.

---

1) Z. B. ob Jemand, der in Folge eines Verbrechens zum Zeugniß unfähig wird, nach Verjährung des Verbrechens als Zeuge zulässig ist, u. s. w.

2) Der Begriff der Verjährung nach eingeleitetem Strafverfahren ist nach dem Gesetzbuch des Großherzogthums nicht zweifelhaft. Art. 127: „Die Verjährungszeit läuft von Neuem von der letzten gerichtlichen Handlung an, die gegen den Angeschuldigten gerichtet war; die Strafbarkeit der That erlischt *aber nur* dann, wenn ohne seine Schuld oder Veranlassung *während* dieses Zeitraums kein Urtheil erfolgt ist."

Durch das von E. E. Hoffmann in Anspruch genommene Recht auf Freisprechung ist hiernach zugleich die Wirkung rücksichtlich der Fähigkeit als Mitglied einer Kammer zu erscheinen in Frage gestellt.

Auch ist es einleuchtend, daß jemehr die neuen Strafgesetzgebungen in den einzelnen deutschen Staaten die Dauer der zur Verjährung erforderlichen Zeit im Verhältniß zu dem gemeinen hier auf die römisch rechtlichen Bestimmungen gegründeten Strafrecht verkürzen, die praktische Seite der in Anregung gebrachten Frage sich in vielfacher Richtung ebenso vermehren wird, als früher nur in höchst seltenen Fällen ein Bedürfniß und ein Interesse hierbei sich gezeigt hat.

Hiernach scheint es selbst für die Gesetzgebung empfehlenswerth, auf dieses Feld ihr Augenmerk zu richten, zumal sich nicht wird nachweisen lassen, daß die römischen Gesetze weitere Dispositionen als unmittelbar bezüglich des verjährten Verbrechens treffen, während alle mittelbaren[3]) Folgen desselben der wissenschaftlichen Behandlung der Verjährung überlassen sind.

Aus diesen Rücksichten wünschte ich die Resultate meiner gelegentlich des concreten Falls angestellten Forschungen mitzutheilen, wodurch vielleicht um so eher ein Anlaß zu einer den Gegenstand erschöpfenden Behandlung auch vom Standpunkt der Gesetzgebung aus gegeben wird.

I.

Wirkung der Verjährung in Materie und Form.

§. 1.

Sieht man zunächst auf das Wesen der Verjährung überhaupt, so läßt sich dieselbe auf den Gedanken zurück-

---

3) Z. B. in Betreff der Ehre des Verbrechers, der *exceptio veritatis*, des Rückfalls u. s. w. Vgl. Note 1.

führen, daß Alles im menschlichen Leben im Laufe der Zeit verschwindet. Die rechtliche Begründung der Verjährung von dieser Seite her findet sich auch angedeutet im römischen Recht: „crimen sopitum"[4]), „injuria abolita"[5]). In dem Bericht zu dem Entwurf des jetzt im Großherzogthum publicirten Strafgesetzbuchs heißt es wörtlich:

> „Zudem verliert sich mit dem Ablauf der Zeit das Andenken an das Verbrechen und je unbedeutender[6]) dasselbe gewesen ist, desto schneller[6]) wird die Erinnerung der That in deren Umgebungen verschwunden seyn".

Im Strafrecht ist dieser Begriff auf die mit Strafe bedrohten Handlungen anzuwenden, woraus sich ergibt, daß die rechtliche Qualität derselben, weil sie als eine Thatsache unmöglich untergehen kann, in der Verjährung aufgeht: die vorher strafbare Handlung also nunmehr solches zu seyn aufhört[7]). Das Strafgesetz des Großherzogthums sagt: die Strafbarkeit der That erlischt.

§. 2.

Wenn dieser Begriff, wie er hier gesetzlich zu begründen versucht worden ist, richtig steht, so fragt es sich, auf welche Weise derselbe in concreto zur Anwendung[8]) kommt.

---

4) Fr. 29. §. 5. Dig. ad leg. Jul. de adult. (48, 5.)

5) Fr. 17. §. 5. Dig. de inj. (47, 10.)

6) Daraus sind die kürzeren und längeren Fristen für die Verjährung hervorgegangen.

7) Feuerbach im Lehrb. §. 69 sagt: „Die Verjährung hebt das Daseyn des Verbrechens als eines solchen völlig auf." — Crimen praescriptione excluditur. Vgl. fr. 39. §. 5. D. ad leg. Jul. de adult. (48. 5.)

8) Wenn die Folgen eines Rechtsbegriffs auch mehr als klar sind, so kann man doch niemals sagen, daß sie sich von selbst

Es ist hierbei auf einen Unterschied des Strafrechts vom Civilrecht aufmerksam zu machen. Im Civilrecht kommen die Rechtsbegriffe sehr häufig und gewöhnlich durch Anerkennung der Interessenten zur Anwendung. Das Strafrecht dagegen ist ein öffentliches, welches der Staat durch das Gericht ausüben läßt, weßhalb hier ein Rechtsbegriff möglicher Weise nur durch das Gericht[9]) in Anwendung gebracht werden kann.

Durch diese Betrachtung gelangt man auf das Gebiet der Befugnisse des Strafrichters, wobei man nach einge-

---

verstehen. Die Verfügung des Großherzogl. Hofgerichts, nach welcher es sich von selbst verstehen soll, daß jede weitere Untersuchung gegen E. E. H. einzustellen sey, ist deßhalb auch nicht von dem richtigen Standpunkt aus erlassen. Vielmehr steht hiernach in Frage, ob die Folge der Verjährung grade **nur** darin besteht, daß jede weitere Untersuchung einzustellen sey, ob insbesondere die Verjährung auf einen **vorliegenden** Proceß keine Wirkung äußere.

9) Beiläufig kann hier ein Unterschied von Abolition und Verjährung hervorgehoben werden, da jener eine Verfügung des Regenten ist, welcher Gehorsam geleistet werden muß, während die Verjährung nur ein Rechtsbegriff ist, dessen Anwendung jetzt näher untersucht werden soll. Richtiger ist es deßhalb wohl so zu sagen: dem Gericht ist die Ausübung des Strafrechts nur dann übertragen, wenn in concreto keine Abolition Statt gefunden hat. Vgl. **Müller** Lehrb. des Cr.-Proc. S. XIX, welcher zu den wesentlichen Bestandtheilen des Criminalprocesses rechnet, „daß das Verbrechen durch Abolition rechtlich nicht getilgt sey". Die nämliche Anwendung hat derselbe von der Verjährung gemacht. In wie fern ich darin mit ihm übereinstimme, zeigt die nachfolgende Betrachtung. Siehe auch §. 90. Note 2. dieses Lehrbuchs. Rücksichtlich der Abolition kann wohl bemerkt werden, daß die Handlungen des Gerichts nur von da an nichtig werden, wo dem Gericht die Abolition insinuirt worden ist, da es bis dahin in seinen Befugnissen gehandelt hat, eine solche Handlung aber für nichtig zu erklären kein Grund vorliegt. Eine andere Frage ist, ob die Wirkungen der gerichtlichen Handlungen in Folge der Abolition aufhören? Diese Frage hängt von der Verfassung des Landes und dann davon ab, worauf die Abolition in concreto gerichtet war. — Daß in einem Lande, wo der Regent das Recht zur Abolition verfassungsmäßig nicht hätte, eine solche auch rechtlich keine Wirkung haben würde, *versteht sich von selbst*.

leiteter Hauptuntersuchung, dem Angeschuldigten gegenüber, die Rechte und Pflichten des Richters unterscheiden kann, wiewohl Beides die Rechte und die Pflichten in seinen Befugnissen sich identificiren. Dem Angeschuldigten gegenüber können diese Befugnisse Nachtheile bringen, in welchem Falle man wiederum von den Pflichten des Angeschuldigten handelt, während derselbe außerdem Rechte daraus ableiten wird.

§. 3.

So lange eine Untersuchung gegen ein bestimmtes Individuum noch nicht gerichtet worden, ist die Anwendung oder Verjährung einfach. Sobald eine solche Voruntersuchung soweit gediehen ist, daß sich das Gericht von der Existenz der Verjährung überzeugt, so wird es die Untersuchung einstellen, weil der letzte Zweck der Untersuchung auf Strafe [10]) weggefallen ist. Eine Handlung also, welche nicht strafbar ist, kann den Gegenstand einer solchen Untersuchung aus dem Grund der Straflosigkeit nicht bilden.

Wenn der Fall eintreten sollte, daß ein Gericht die Untersuchung gleichwohl auch so weit fortsetzte, daß solche gegen ein bestimmtes Individuum gerichtet würde, — Hauptuntersuchung — so kommen die Grundsätze zur Anwendung, welche sich aus den Befugnissen des Strafrichters zum Angeschuldigten abstrahiren lassen, weßhalb solches in dem Nachfolgenden erörtert werden kann, wo der Fall vorausgesetzt wird, daß die Existenz der Verjährung zuerst dem Gericht alsdann erkennbar wird, wenn das Verfahren gegen ein bestimmtes Individuum gerichtet worden ist.

Es ist hierbei nicht zu verkennen, daß wiederum ein Unterschied Statt findet, je nachdem die Verjährung schon

---

10) Feuerbach Lehrbuch §. 518. bestimmt den Zweck des Criminalprocesses in Entdeckung der Schuld oder Unschuld.

vor der Hauptuntersuchung oder ob sie erst eingetreten ist, nachdem ein solches Verfahren eingeleitet worden war, aber alsdann liegen gelassen wurde. Es soll deßhalb jener erste Fall zuerst einer Erörterung unterworfen werden.

§. 4.

Mit der Stellung eines bestimmten Individuums vor Gericht sind verschiedene Nachtheile für dasselbe provisorisch verbunden [11]).

Da diese Handlung, ihrem Wesen nach, alsdann schon rechtlich zulässig seyn muß, wenn der Beweis der Strafbarkeit des Angeschuldigten noch zur Zeit nicht geführt worden ist, so liegt es in den Rechtsbegriffen, daß diese Nachtheile in dem Falle möglichst auszugleichen sind, in welchem sich am Schluß der Untersuchung zeigt, daß die in dem Zweck der eingeleiteten Untersuchung liegende Strafe gegen den Angeschuldigten nicht begründet ist [12]).

Allerdings muß aus dem positiven Recht nachgewiesen werden, ob und in wie weit der Angeschuldigte ein Recht hat, von dem Richter eine solche Ausgleichung zu verlangen.

Es ist hier förderlich, die weitere Betrachtung auf den Fall zu beschränken, in welchem die vom Richter ausgegangene Richtung der Untersuchung gegen den Angeschuldigten gerechtfertigt [13]) war.

---

11) v. Grolman Criminalrechtsw. §. 530. insbes. Note a.

12) Eine Anwendung dieses Grundsatzes findet sich in der peinlichen Gerichtsordnung für das Großherzogthum de 1726. Tit. XVII. §. 2: „Und zwar soll sothane Publication (der Sentenz) in allen denen Fällen, da der Proceß von Anfang ist öffentlich eröffnet worden, hernach ebenfalls öffentlich auf gegebenes Zeichen mit dem Malefiz-Glöckchen, wenn auch gleich die Sentenz eine absolutoria wäre, geschehen: hingegen wann der Proceß" u. s. w.

13) Wenn den Richter hierbei eine Schuld trifft, so können gegen denselben im einzelnen Fall noch weitere Verbindlichkeiten begründet werden, was hier dahin gestellt bleibt.

Hiernach kommt es auf Beantwortung der Frage an, ob der Angeschuldigte ein Recht darauf hat, daß die Verfügung, wodurch er vor Gericht gestellt wurde, durch eine andere Verfügung ausdrücklich außer Kraft gesetzt wird, auch casu quo sic, in welcher Form diese Verfügung zu erlassen ist[14]).

§. 5.

Bei den Römern sind die Begriffe des Civilprocesses ohne Einfluß auf den Accusationsproceß nicht gewesen. Insbesondere gilt dies von der Litiscontestation, (crimen contestari), welche mit der Eröffnung der Hauptuntersuchung in unserm Verfahren im Wesentlichen zusammenfällt[15]). Aus diesem Begriff der Litiscontestation ergibt sich schon für den Richter die Nothwendigkeit der nachfolgenden Alternation, entweder zu condemniren oder zu absolviren.

Bei der Schöffenverfassung der Deutschen hat dieser nämliche Gedanke zu Grund gelegen[16]).

---

14) Diese Frage, deren Beantwortung mir in der Untersuchungssache gegen E. E. Hoffmann die entscheidende zu seyn scheint, ist in der Relation bei dem Großherzogl. Oberappell.-Gericht einer erschöpfenden Betrachtung nicht unterzogen worden. Siehe die kritische Beleuchtung S. 27—28. Dort, wo auf den Charakter der Strafbarkeit das entscheidende Gewicht nicht gelegt worden ist, lag die meiner Ansicht entsprechende Wahrheit am nächsten. Dieser Charakter läßt sich nur aus dem Gesetz begründen. Es kann auch trotz der als Beispiel angeführten Nothwehr eine Handlung den Charakter der Strafbarkeit haben, wenn sie nämlich das Gesetz selbst unter diesen Umständen für strafbar erklärt, wie z. B. das Militärstrafgesetzbuch des Großherzogthums im Art. 28.

15) Vgl. Mittermaier deutsches Strafverfahren I. §. 13. (4. Auflage).

16) Mittermaier a. a. O. §. 15.

Die Carolina hat dieses auch schon vorausgesetzt, indem sie handelt[17]): „Von form der urtheyl zu Erledigung eyner Beklagten personen".

Sie setzt den Fall voraus: „daß eyn person, so „umb peinlicher straff willen — beklagt war, laut dieser „unser und des Reichsordnung mit urtheyl und recht ledig „zu erkennen beschlossen würd, die selbig urtheyl soll ungeverlich nachvolgendermasen rc." erlassen[18]) werden: „ist „derselbig gemelt beklagt mit entlicher urtheyl und recht „von aller peinlicher straff ledig erkannt" —.

Hiernach hat also der Angeschuldigte ein Recht, daß er durch förmliches Urtheil von der Strafe für ledig erkannt wird[19]).

Obgleich ich keinen Zweifel habe, daß die Anwendung der römischen Grundsätze auf den Fall einer Verjährung bei den praktischen Römern, welche das alternative Ziel einer Condemnation oder Absolution festhielten, in ein Bedenken nicht gezogen worden ist; so glaube ich doch die Anwendung des nach dem gemeinen[20]) Proceßrecht gezogenen Resultats auf den Fall der Verjährung noch näher begründen zu müssen.

---

17) Art. 199.

18) Art. 201.

19) Müller im Lehrb. des Cr.-Proc. §. 206. Note 9. Vgl. Feuerbach im Lehrb. §. 615. Note a. v. Grolman Crim.-Rechtsw. §. 514. Note a. Mittermaier deutsches Strafverfahren (4. Aufl.) II. §. 192. in fin. Ueber die Benutzung dieser Schriftsteller in der mehr erwähnten Untersuchungssache muß ich unten noch einige Bemerkungen machen. Insbesondere ist noch zu vergleichen Mittermaier a. a. O. §. 189. Note 16 und 17

20) Im Großherzogthum (darunter verstehe ich der Kürze halber die beiden Provinzen diesseits des Rheins) unterliegt dasselbe einer subsidiären Anwendung. Peinliche Halsgerichtsordnung des Großherzogthums de 1726 heißt es Tit. XV. §. 7: „In votando selbst wollen wir unsere peinliche Gerichte auf die gemeine und Kayserliche, als auch unserer Lande besondere *Rechte* — *verwiesen haben*".

§. 6.

Die Carolina hat das Rechtsgebiet erschöpfend sich vorgestellt, und spricht von dem Fall, daß der Beklagte nach des Reichs Ordnung von peinlicher Strafe ledig erkannt werden soll.

Der Einwand, daß dies ein zufälliger[21]) Ausdruck der Carolina ist, würde weniger befürchtet werden können, wenn in der Carolina selbst die Verjährung als gesetzlicher Grund angeführt wäre, um Jemanden von der Strafe ledig zu erkennen. Da aber nach der uns bindenden Ordnung eine Handlung nicht bestraft werden kann, bezüglich deren die Verjährung eingetreten ist; so muß auch dieser Handelnde von uns so, wie es die Carolina vorschreibt, von aller peinlichen Strafe für ledig erkannt, es muß dieses Urtheil ungefährlich abgefaßt und eröffnet werden.

Bei den schon oben citirten Lehrbüchern von Feuerbach, Grolman und Müller kann nicht übersehen werden, daß dieselben ein erschöpfendes Proceßrecht schreiben wollten, und daß sie schon hiernach hätten ange-

---

21) Der Ausdruck: Schuld oder Unschuld, ist bei den Rechtslehrern erschöpfend gemeint. In dem Sinn, wie er in der Relation Großherzogl. Oberapp.-Gerichts und bei Zachariä im Archiv des Criminal-Rechts, Neue Folge 1842. S. 211. gebraucht wird, wonach die Unschuld auf alle Gründe der Straflosigkeit mit Ausnahme der Verjährung paßt, ist er als terminus technicus weder in den Gesetzen noch sonst bei den Rechtslehrern zu finden. Bei Martin Cr.-Pr. läßt sich insbesondere nachweisen, daß derselbe den Grund der Verjährung in diesen Ausdruck eingeschlossen hat. §. 143. Note 93. vgl. §. 128. Dasselbe gilt von Mittermaier deutsch. Strafverfahren (4. Aufl.) II. §. 140. pos. f. vgl. §. 198. Note 26, auch §. 192 a. E. Siehe auch §. 141. S. 208. §. 144. S. 222—223. §. 151. S. 264. §. 187 a. E. §. 188. die Ueberschrift. Vgl. auch Müller Crim.-Pr. §. 93. Note 1. und §. 160. Note 11. Aus allen Lehrbüchern wird sich der Sinn dieses Ausdrucks dahin nachweisen lassen: „ob der Angeschuldigte strafbar sey oder nicht."

ben müssen, wie denn im Fall einer Verjährung der Richter befugt sey, zu verfügen[22]), wenn sie der Ansicht nicht gewesen wären, daß eine gewöhnliche absolutoria erfolgen müsse.

Hiernach darf über das richtige Verständniß der angezogenen Rechtslehrer noch Folgendes bemerkt werden.

§. 7.

Feuerbach handelt von den Beschlüssen eines Criminalrichters, welche die Anwendung oder Nicht-Anwendung eines Gesetzes auf den vorliegenden Fall als rechtlich begründet aussprechen, und subsumirt darunter die Endurtheile, welche über die Anwendung oder Nichtanwendung des Strafgesetzes selbst erkennen[23]). Im Fall der Nichtanwendung des Strafgesetzes läßt er die sententia absolutoria ertheilen[24]).

Im folgenden §. kommt er nun auf die Grundsätze des Beweises, und weil er dort sagt, das lossprechende Urtheil sey bedingt durch juridische Gewißheit der Nichtschuld, so ist er in der Hoffmannischen Untersuchung mißverstanden worden, indem ihm einmal eine Inconsequenz zum Vorwurf gemacht und dann behauptet worden ist, daß er hier seinem allgemeinen Satz (§. 615) eine nähere Bestimmung gegeben, beziehungsweise die Voraussetzungen der Anwendbarkeit dieses Satzes entwickelt habe.

Ich kann Beides nicht für begründet finden.

---

22) Daß der endliche Ausgang einer Untersuchung in Form eines Decrets dahin verfügt werde, es finde eine weitere Untersuchung gegen den Angeschuldigten nicht mehr Statt, ist gewiß so neu, daß es aus den angezogenen Lehrbüchern nicht begründet werden kann.

23) Vgl. §. 614. Ueber die Eintheilung der Urtheile desselben bezüglich der absolutio ab instantia siehe Müller im Lehrb. §. 194. Note 4.

24) *§. 615.*

Die Schreibart des großen Feuerbach ist wegen ihrer Kürze und Präcision bekanntlich berühmt. Nachdem er also die sententia absolutoria von der Nichtanwendung des Strafgesetzes abhängig gemacht hatte, so konnte über die Anwendung dieses Satzes ein Zweifel nicht seyn.

Wie schon bemerkt handelt nun der folgende §. von der Anwendung der Grundsätze des Beweises, was aus einer Betrachtung seines Inhalts hervorgeht. Daß er hier die absolutoria von der juridischen Gewißheit der „Nichtschuld" abhängig macht, kann nur dann als eine Inconsequenz betrachtet werden, wenn man diesen Ausdruck als technisch nimmt, und dabei den Fall der Verjährung ausschließt[25]).

Daß aber Feuerbach die Verjährung und überhaupt alle gesetzlichen Gründe der Straflosigkeit darunter mitbegriffen haben wollte[26]), ergibt der §. 615, während er hier §. 616 die juridische Gewißheit der Verjährung verlangt.

Noch weniger ist die Behauptung gegründet, daß er seinem Satz eine nähere Bestimmung gegeben, beziehungsweise die Voraussetzungen der Anwendbarkeit desselben entwickelt habe.

Wenn die Stellung des §. 616. in dem Lehrbuch auch nicht so aufgefaßt werden könnte, wie es so eben geschehen

---

25) Darüber, daß Feuerbach diesen Fall nicht ausgeschlossen habe, vgl. auch §. 518. S. oben §. 3. Note 10.

26) Ob Feuerbach statt „Nichtschuld" grade Straflosigkeit hätte sagen sollen, kann füglich dahin gestellt bleiben, da sein System in der scharfsinnigen Kürze klar genug ist. §. 615. 518. Nach der juristischen Kunstsprache ist sein Ausdruck nicht zweifelhaft Unmöglich kann er aber dafür verantwortlich seyn, wenn ihm der Gedanke untergelegt wird, er habe die Verjährung als Grund der Nichtschuld ausgeschlossen. Wenn Feuerbach dieser Ansicht gewesen wäre, so würde er es sicher gesagt haben.

ist, so müßte man doch bei der sonstigen Fassung und Haltung dieses Lehrbuchs billig zweifeln, daß Feuerbach nur einen Commentar zu seinem Satz geschrieben hätte. — Nach dem §. 615. kann man nicht zweifeln, daß z. B. eine absolutoria erfolgen muß

a) bei einem Versuch, insofern der Thäter durch kein ander Mittel als seinen eignen Willen an der Vollbringung des Verbrechens behindert wurde [27]).

b) bei Handlungen, welche nur auf Klage eines Interessenten Gegenstand des Strafrechts werden, gleichwohl aber ein Proceß ohne solche Klage instruirt worden ist — z. B. beim Ehebruch.

c) wenn es an dem objectiven Thatbestand der Anschuldigung mangelt, z. B. beim Kindesmord, im Fall eines partus monstrosus, den vielleicht die Mutter für ein menschliches Wesen gehalten, weil sie ihn nicht gesehen hat.

d) beim Ehebruch [28]), wenn Verzeihung dargethan wird. Eine sorgfältige Nachlese lassen diese Beispiele [29]) wohl noch vermehren.

In Folge der Nichtanwendung des Strafgesetzes tritt in allen diesen Fällen nach Feuerbach eine absolutoria ein — §. 615.

Wenn man aber in dem §. 616. die Voraussetzungen der Anwendbarkeit über die Nichtanwendung des Straf-

---

27) C. C. C. Art. 178. Daß die Versuchshandlungen an sich ein Verbrechen nicht enthalten dürfen, versteht sich von selbst. Abegg Lehrb. §. 96. vgl. Strafgesetzbuch des Großherzogthums, Art. 69.

28) Mittermaier a. a. O. §. 187. Note 31.

29) Die Relation giebt den Fall, in welchem Jemand als Zeuge in einer Untersuchung vernommen worden ist, eidlich falsche Angaben gemacht hat; aber wegen Meineids deßhalb freigesprochen werden muß, weil er zur Zeit seiner Vernehmung als Zeuge in die Untersuchung als Angeschuldigter verflochten zu werden fürchten mußte. Vgl. kritische Beleuchtung S. 32.

gesetzes durch eine nähere Bestimmung aufsuchen will, so kann man wohl zu dem Resultat gelangen, daß der Richter außer Stand sich befindet, über Schuld oder Nichtschuld zu entscheiden, da es hierbei blos darauf ankommt, in welche Grenzen dieser Begriff eingeschlossen wird.

Jedenfalls würde dieser §. so wenig geeignet seyn, seinen Zweck zu erfüllen, daß das für die Vorlesungen auf dem Katheder bestimmte Lehrbuch den Lehrer und Schüler verwirren würde, weßhalb auch der §. bei Feuerbach selbst alsbald Anstoß würde gefunden und sich nicht bis in die neuesten Ausgaben würde fortgepflanzt haben.

§. 8.

v. Grolman behandelt in seiner Criminalrechtswissenschaft §. 514. unsern Gegenstand, und hat sich im Eingang ganz präcis ausgedrückt, daß die lossprechenden Sentenzen die rechtliche Unzulässigkeit einer Strafe bestimmen.

Die Lehre v. Grolman's ist aus dieser Stelle ersichtlich und es trifft ihn der Vorwurf [30]) einer Unvollständigkeit seines Lehrbuchs nicht, weßhalb es genügt auf den vorigen §. Bezug [31]) zu nehmen.

§. 9.

Der Grh. Oberappell.-Gerichtsrath Müller, welcher in der Gesetzgebung beschäftigt ist, würde sich gegen die Gründe der neuesten Entscheidung sicherlich verwahren, und kann also als Auctorität eben so wenig anerkannt werden [32]).

---

30) Vgl. Kritische Beleuchtung S. 29. verbis: „— so soll damit offenbar mehr nicht gesagt seyn" u. s. w.

31) Vgl. § 6.

32) Daß Müller auf Martin sich bezieht, und Martin die §§. von Feuerbach über die Verjährung citirt, um ein *freisprechendes* Erkenntniß zu begründen, ist in der kritischen Beleuchtung bemerkt.

Vor Allem ist hier anzuführen, daß derselbe die Nicht-Verjährung unter die absolut wesentlichen Voraussetzungen eines Criminalprocesses rechnet, womit ein Zustand, in welchem gegen einen Angeschuldigten ein solcher Proceß verhängt ist, völlig unvereinbarlich erscheint [33]).

Bei der Frage über den Kostenpunkt bemerkt dieser Schriftsteller: „Nicht weniger streitet man darüber, ob der Angeschuldigte — der wegen bereits eingetretener Verjährung freigesprochen wurde, zur Kostenerstattung verpflichtet sey?" [34]) Dabei citirt er z. B. Mittermaier deutsches Strafverfahren, welches Citat ich in der neuesten (4ten) Auflage in §. 198 gefunden habe und wörtlich heißt: „— Auch ist es gemeinrechtlich nicht zu erweisen, daß der — wegen Verjährung völlig Losgesprochene die Kosten zu tragen habe."

Wie wenig hiernach das Lehrbuch Müller's geeignet ist, eine Auctorität für die Ansicht abzugeben, daß durch Verjährung eine sententia absolutoria nicht begründet werde, geht daraus hervor, daß dieser gründliche [35]) Schriftsteller mindestens einer weitläuftigen Rechtfertigung bedürfte, warum er im Fall einer Hauptuntersuchung das besondere, bei der Verjährung etwa eintretende Proceßrecht hinterhalten und seinen Lesern Veranlassung gegeben habe, seine Ansicht unrichtig aufzufassen.

---

33) Wenn im Fall einer Verjährung durch absichtliche grobe oder geringe Schuld des Richters oder auch durch Zufall die Hauptuntersuchung erkannt würde, so führt der Begriff Müller's mit Nothwendigkeit auf eine Freisprechung.

34) §. 204. Note 22.

35) Ueber das System in seinem Lehrbuch bezüglich der hier zu entscheidenden Frage ist auch zu vergleichen §. 192. mit Verweisung auf §. 69. und dann die Abhandlung in der Zeitschrift von Jagemann, Müller und Temme, Neue Folge, I. S. 5—60, wo er ex professo die Nothwendigkeit der Alternative — aut condemnatio aut absolutio — deducirt.

Die Begriffe Mittermaier's[36]) sind in der hervorgehobenen Stelle deutlich zu erkennen, obwohl derselbe als Auctorität gegen die Möglichkeit der Freisprechung ebenfalls[37]) geltend gemacht worden ist.

§. 1.

Nach diesen Betrachtungen glaube ich das Resultat ziehen zu dürfen, daß die in Frage gestellte Wirkung der Verjährung theoretisch als eine irgend zweifelhafte nicht[38]) angesehen werden kann, und daß dieser Zweifel nur dadurch zu erklären ist, weil zur Anwendung dieser Grundsätze bis daher höchst selten ein praktisches Bedürfniß sich gezeigt hat. Auch läßt sich der Begriff der Verjährung von der moralischen Seite betrachtet in Angriff nehmen, was in Rücksicht der Entstehung einer Bedenklichkeit selbst bei Juristen und zumal bei den Gerichten[39]) nicht immer ohne allen Einfluß bleibt.

---

36) Vgl. a. a. O. §. II. 140.

37) Kritische Beleuchtung S. 28, wo aus einer andern Stelle dieses Schriftstellers in einer weitläufigen Combination argumentirt wird.

38) Vgl. Bauer Abhandlungen II. S. 278 und S. 302. Hier gibt er als mögliches Ergebniß einer Untersuchung unter andern an: den Beweis einer die Strafbarkeit gänzlich ausschließenden Einrede, womit er eine gänzliche Freisprechung verbindet. Er hat nun eine eigene Abhandlung geschrieben, worin er den Begriff einer Einrede im Straßproceß nach Anleitung des bürgerlichen Processes vertheidigt, und bei der Aufzählung dieser Einreden nennt er denn auch, wie natürlich, die Verjährung. Vgl. v. Grolman a. a. O. §. 514. — Müller in der Zeitschrift von v. Jagemann, Neue Folge, I. S. 7. referirt nur den Satz von Bauer. Er nennt die Einreden Entschuldigungsgründe; s. Crim.-Proc. §. 189. vgl. §. 103. Seine Lehre siehe oben §. 9.

39) Daß in der Mühlhäuser'schen Untersuchung die beiden Referenten des Höchsten Gerichts auf den Grund der Verjährung auf Freisprechung angetragen, und daß diesem Grund einstimmig beigetreten wurde (vgl. kritische Beleuchtung S. 48 — 49.), scheint deßhalb an und für sich ein Beleg für die Zweifellosigkeit des gezogenen Resultats zu seyn, da hierbei, so weit ersichtlich, ein Bedenken nicht entstanden ist.

Allein im Gebiet des Rechts befreit die Verjährung von der Strafe, weßhalb der Richter, da er sich nur auf diesem Gebiet bewegen kann, im Fall einer Statt gefundenen Anschuldigung den Angeklagten von der Strafe ledig erkennen, d. h. eine sententia absolutoria in der gesetzlichen resp. herkömmlichen Form erlassen muß.

§. 11.

Ich glaube hieran über den Actenschluß eine Bemerkung knüpfen zu müssen, welche als bloße Anwendung der über die Verjährung entwickelten Grundsätze erscheint.

Nach dem Begriff einer Untersuchung tritt der Actenschluß ein, sobald der Richter in den Stand gesetzt ist, über die Anwendung oder Nichtanwendung der Strafe insbesondere auch deren Größe aus den Acten sich zu überzeugen. Wenn sonach die Acten ergeben, daß eine Strafe nicht in Anwendung gebracht werden kann, so erscheinen diese Acten geschlossen, was insbesondere auf die Verjährung in Anwendung kommt. So wie eine Hauptuntersuchung überhaupt nicht eröffnet werden kann, wenn schon vorher die Verjährung ersichtlich ist [40]), so muß auch nach eingeleiteter Hauptuntersuchung der Actenschluß verfügt werden, sobald hier derselbe Fall eintritt [41]).

Der Richter befindet sich nunmehr in der Lage, in der Hauptsache eine definitive Entscheidung ertheilen zu können.

---

40) Mittermaier deutsches Strafverfahren (4. Aufl.) II. §. 136. Note 16. vgl. §. 135. pos. e.

41) Dies ist vielleicht derselbe Gedanke, weßhalb im Lehrb. von Müller die Nichtverjährung zu den wesentlichen Bestandtheilen des Criminalprocesses gerechnet wird, während doch nicht verabredet werden kann, daß die Erulrung der Verjährung im einzelnen Fall eine Specialuntersuchung selbst voraussetzt. Vgl. Mittermaier a. a. O. II. §. 112. Note 29. und §. 113. Note 7; ganz besonders aber §. 141. Note 16. und das von demselben citirte baierische Gesetz vom 10. December 1814.

§. 12.

Indem nun auf die Anwendung des Begriffs der Verjährung in dem Fall übergegangen wird, wo solche eingetreten ist, nachdem zuvor eine Hauptuntersuchung geführt, aber durch Definitions-Urtheil nicht erledigt worden ist, sey es nun, daß die Untersuchung stillschweigend liegen gelassen wurde, oder daß eine absolutio ab instantia erkannt worden war: so müssen zunächst einige Bemerkungen uber diese absolutio ab instantia vorausgeschickt werden [42]).

Diese Art der Absolution ist auf kein Gesetz, sie ist auf die Praxis gegründet; es muß also auch bei dieser das Wesen derselben aufgesucht werden.

Zu Carpzow's Zeiten fand dieselbe noch keine allgemeine Billigung [43]). Sie ist schon vor Aufhebung der Folter in Gang gekommen, und die Verlegenheit der Richter, welche nachher weit häufiger eingetreten ist, wenn sie einen Angeschuldigten nicht verurtheilen konnten und wegen des vorliegenden Verdachts nicht freisprechen mochten, hat den Gebrauch dieser Absolution hervorgerufen resp. vermehrt. Ihre frühere Bezeichnung absolutio stantibus rebus ist ihrem Wesen entsprechend. Sie setzt einen förmlichen Urtheilsspruch voraus, welcher sich darauf gründet, daß die vorhandenen Mittel zum Beweis der Strafbarkeit des Angeschuldigten erschöpft [44]),

---

42) Es wird dabei nicht beabsichtigt, vom Standpunkt der Gesetzgebung aus die Rechtmäßigkeit einer solchen Absolution zu bestreiten.

43) Vergl. Mittermaier deutsches Strafverfahren II. S. 193. Not. 13.

44) Nur in sofern läßt sich die Terminologie Feuerbach's, welcher die absolutio ab instantia zu den Endurtheilen rechnet, in Schutz nehmen; obwohl hierdurch nur ein Wortstreit veranlaßt wird, da Feuerbach selbst in dem Inhalt einer

dieser Beweis aber nicht geführt worden ist, während gleichwohl eine rechtliche Vermuthung für die Strafbarkeit des Angeschuldigten vorliegt. Der Grad dieser Vermuthung läßt sich dahin bestimmen, daß daraufhin mindestens eine Hauptuntersuchung eingeleitet werden könnte [45]).

Bei diesem Wesen [46]) der Absolution ist es auch nicht inconsequent, von einer stillschweigenden Absolution von der Instanz zu sprechen, in sofern hier wie dort die Acten geschlossen sind und der urtheilende Richter seiner Verbindlichkeit sich entzieht, entweder zu condemniren oder zu ab-

---

solchen Absolution ein Endurtheil nicht anerkennt. S. oben §. 3. Not. 10. Dasselbe gilt über v. Grolman Criminalrechtswissenschaft §. 514.

45) Mittermaier a. a. O. § II. §. 193. Not. 32.

46) Bauer Abhandlungen II. S. 299 fg. rechnet zu dem Wesen der absolutio ab instantia, daß der Anschuldigungsstand aufgehoben werde. Dagegen läßt sich Folgendes kurz bemerken: 1) Es liegt kein Grund vor, die Wirkung in den Begriff aufzunehmen.. 2) Wenn man die Wirkung zu dem Begriff rechnet, so ist es willkührlich und widernatürlich, einen Theil dieser Wirkung wegzulassen. 3) Wenn also die Untersuchung eingestellt wird, so geschieht dies doch nur unter den vorliegenden Verhältnissen, d. h. die Acten sind geschlossen: aber der Zweck der Untersuchung ist noch nicht erreicht. 4) Die Einstellung der Untersuchung hat nur ihren Grund in der Erschöpfung der vorliegenden Materialien, nicht in der Absolution, und der Untersuchungsrichter würde offenbar das entfernteste Beweismittel eruiren, wenn sich ein solches nach den Actenschlüssen ergebe. 5) Die Entlassung aus der Haft ist ohne alle Bedeutung. Die Haft selbst ist in dem Anschuldigungsstand nicht begründet. Dieselbe tritt ein, entweder a) wegen Gefahr von Collusionen, oder b) wegen Gefahr der Flucht. Es kann also die Haft aufhören, und der Anschuldigungsstand fortdauern, was auch tagtäglich in der Praxis vorkommt. 6) Der Anschuldigungsstand ist gegründet auf die Vermuthung der Strafbarkeit des angeschuldigten Individuums. Diese Vermuthung dauert nach der absolutio ab instantia fort. Es müßte deßhalb die Aufhebung des Anschuldigungsstandes besonders begründet werden. 7) Diese besondere Begründung ist vom positiven Standpunkt aus unmöglich, weil die Praxis, welche das Institut eingeführt hat, die Aufhebung des bis dahin bestandenen Anschuldigungsstandes gerade vermeiden wollte. Sie wollte von der erkannten Anschudigung nicht freisprechen. Man darf wohl glauben, daß Bauer viele Sätze

solviren, auf den zu seiner Ueberzeugung [47]) gebrachten Grund hin, weil die Vermuthung vorliegt, daß der Angeschuldigte strafbar sey.

Die Wirkungen, welche man an die absolutio ab instantia knüpft, sind schon zum Theil mit dem Schluß der Acten verbunden, wohin also z. B. gehört, daß die Untersuchung eingestellt und daß der zur Vermeidung von Collusion arretirte Angeschuldigte entlassen wird. Nächstdem folgt aus der absolutio ab instantia, daß der Angeschuldigte dermalen nicht bestraft werden kann, weßhalb auch der wegen Gefahr der Flucht Arretirte entlassen werden muß. Dagegen muß die Untersuchung bei neuen sich ergebenden Beweismitteln fortgesetzt [48]) werden, weßhalb sich im einzelnen Fall sowohl begründen läßt, daß der Angeschuldigte unter polizeiliche Aufsicht [49]) gestellt, als auch daß eine cautio de judicio sesti [50]) von ihm verlangt wird.

---

denen der hier bestrittene an der Spitze steht, nicht würde aufgestellt haben, wenn er sich nicht die Aufgabe gestellt hätte, das Institut zu vertheidigen. So wie er gethan, hat er ein anderes Institut vertheidigt. Vergl. Müller in v. Jagemann's Zeitschrift, Neue Folge, I. S. 20—24.

47) Das Schweigen gegen den Angeschuldigten ist deßhalb tadelnswerth.

48) Der Fall ist zu selten. — Daß aber auf Wiederaufnahme der Untersuchung erkannt werden müßte — Bauer a. a. O. S. 341. — läßt sich nicht glauben. Der Angeschuldigte ist vermuthlich strafbar. Der Untersuchungsrichter verfügt zunächst über den Actenschluß, und wenn er aus Mangel an Beweismaterial aufhört zu untersuchen, so ist er auch verpflichtet, die Untersuchung fortzusetzen, sobald wieder Stoff zur Untersuchung vorliegt. Es ist nicht zu sehen, wie an diesem Verhältniß die absolutio ab instantia, wenn sie dazwischen liegt, Etwas ändern sollte.

49) Mittermaier a. a. O. II. §. 193. Not. 37. A. M. ist Bauer a. a. O. S. 317, jedoch scheint er größere Strenge zu billigen, Not. b. Ist das polizeiliche Aufsicht?

50) Anderer Meinung ist zwar Mittermaier a. a O. Not. 40, allein es scheint Dies nur eine Folge der Gehässigkeit zu seyn.

§. 13.

Nach dieser Betrachtung zeigt sich, daß rechtlich kein Unterschied besteht, ob die Verjährung eingetreten ist, nachdem eine absolutio ab instantia erkannt worden war, oder nachdem die Untersuchung stillschweigend liegen geblieben ist. Die Berechtigung zu Beidem ist nur durch die Vermuthung begründet, daß der Angeschuldigte strafbar sey.

Durch die Verjährung wird gewiß, daß der Angeschuldigte nicht strafbar ist. Um diesen definitiven Rechtszustand auszusprechen, gibt es keine andere Form als die eines Urtheils. Man bemüht sich auch vergebens, in der vorausgegangenen absolutio ab instantia einen Grund aufzufinden, der die Befugniß und dem Angeschuldigten gegenüber die Pflicht des Richters, diesen Zu-

welche dem Institut überhaupt anklebt. Denn wenn man befugt ist, den Zustand der Anschuldigung auf den Zufall hin fortdauern zu lassen, daß sich etwa neue Beweismittel zur Ueberführung ergeben, so lassen sich auch Verhältnisse denken, in welchen eine Caution gerechtfertigt werden kann. So möchte es z. B. auch inconsequent seyn, einen Angeschuldigten, der ab instantia absolvirt ist, dorthin auswandern zu lassen, wo ihn der Arm der strafenden Gerechtigkeit nicht erreichen kann. Denn wie will sich der Staat im Fall des demnächst sich ergebenden Beweises hier rechtfertigen! Mag sich auch die Praxis dieser Consequenzen nicht überall bewußt gewesen seyn, so sind dieselben mit dem Inhalt des in der Praxis begründeten Ausspruchs doch zu sehr verwebt, als daß sie solche aufgeben könnte, ohne mit sich selbst in Widerspruch zu gerathen. Verschieden davon ist es, daß viele deutsche Verfassungsurkunden und Gemeindeordnungen Demjenigen, welcher wegen eines Verbrechens nicht völlig losgesprochen worden ist, die Ausübung der staatsbürgerlichen Rechte entziehen. Vergl. Mittermaier a. a. O. §. 193. Not. 21. Denn es läßt sich vom Standpunkt der Gesetzgebung aus nicht begründen, daß die Erkennung der Hauptuntersuchung noch mit weiteren gesetzlichen Nachtheilen verbunden wird, als der Zweck und die jeweilige Lage der Untersuchung solches nothwendig macht. Durch die absolutio ab instantia wird nun dieser Zustand sogar aufs Ungewisse und auf den Zufall hin fortgesetzt.

stand in einem Urtheil auszusprechen, alteriren könnte, da grade umgekehrt die absolutio ab instantia die Bestimmung schon in ventre trägt, daß eine Freisprechung erfolgen soll, sobald sich zeigt, daß der Angeschuldigte straflos ist.

Vom strafrechtlichen Standpunkt aus, von welchem die Frage allein in Erledigung gebracht werden soll, läßt sich auch kein Object erkennen, worauf die Verweigerung einer solchen Freisprechung gerichtet werden möge. Vielmehr würde bei der gegentheiligen Ansicht in dem System des Strafprocesses eine neue Periode sich bilden, nach deren Eintritt der Angeschuldigte weder verurtheilt noch freigesprochen [51]) werden könnte. Ein solches Proceßstadium ist aber mit dem Strafproceß so unvereinbarlich, daß an eine positive Begründung desselben von weit her nicht gedacht werden kann [52]).

---

51) Siehe oben die Wirkung der Verjährung auf den Actenschluß §. 11, welche auch hier dadurch begründet ist, weil die Untersuchung keinen Zweck haben würde, so sehr auch das Interesse des Angeschuldigten im einzelnen Fall hervorleuchten möchte, die Gründe der Anschuldigung zu beseitigen.

52) Sie ist versucht von Dr. Breidenbach Commentar über das Grh. Hess. Strafgesetzbuch 10. und 11. Heft. S. 698: „Nur so lange der Richter noch verurtheilen kann, kann er formell (?) freisprechen." Also bei eingetretener Verjährung kann der Richter nicht verurtheilen, folglich auch nicht freisprechen. Wie ist aber dieser Satz begründet? „zu Beidem nimmt ihm die eintretende Verjährung jede Competenz"!!! Also um ein Proceßstadium, in welchem der Ankläger oder im Untersuchungsverfahren der Staat dem Angeschuldigten gegenübersteht, und über beiden der Richter ohne Competenz zum Urtheil! Dasselbe müßte gelten bei vorhandener Nothwehr, bei mangelnder Zurechnung, bei geführtem Gegenbeweis u. s. w. u. s. w. Allemal liegt nur bis zu dem Zeitpunkt die Möglichkeit einer Verurtheilung vor, wo sich zeigt, daß der Angeschuldigte eine Strafe nicht verwirkt hat, sey es um wegen Verjährung, wegen Nothwehr oder wie sonst. Das Wahre an dem Satze ist, daß so lange der Richter noch urtheilen kann, die Untersuchung auch nur so lange *fortzusetzen* ist. Sobald er aber nicht mehr verurtheilen kann,

Dem Strafproceß fehlt überhaupt alles Interesse an einem solchen Stadium. Denn wenn auch einem Angeschuldigten das Urtheil sonst schon verweigert worden ist, so geschah dies auch nur deßhalb, weil die Vermuthung seiner Strafbarkeit zu sehr begründet war, um ihn freisprechen zu wollen: woraus sich grade die absolutio ab instantia gebildet hat. Um aber einem Angeschuldigten das Urtheil zu verweigern, der anerkanntermaßen eine Strafe möglicherweise **nicht** [53]) verwirkt hat, daran fehlt es an jedem Interesse. Man entbehrt deßhalb auch jede positive Grundlage, wenn man die absolutio ab instantia als Grund gegen die Zulässigkeit eines Urtheils geltend macht, weil diese Absolution auf die **Unmöglichkeit** begründet ist, eine **definitive** Entscheidung geben zu **können**.

Bei der Hoffmann'schen Sache ist in der Relation des Höchsten Gerichts darauf Rücksicht genommen worden, daß die Fassung und Einrichtung des Urtheils geeignet werden könnte, die Fähigkeit des Angeschuldigten zum Kammermitglied zu begründen [54]), allein diese Betrachtung liegt ganz außer dem Gebiet des Strafrichters [55]).

---

so hat er keinen Grund, die Untersuchung fortzusetzen, weil solche ohnehin und wegen der nothwendigen Freisprechung keinen Zweck hätte. **Competenz** hat er sowohl zur Untersuchung als zum Urtheil. Dr. **Breidenbach** selbst läßt das wegen Verjährung wichtige Verfahren durch den **Oberrichter** vernichten, a. a. O. S. 101.

53) Der in Untersuchung Gezogene darf nur so viel Uebel leiden, als der Zweck des Strafverfahrens durchaus nothwendig macht. **Mittermaier** a. a. O. §. 25.

54) Kritische Beleuchtung S. 36.

55) In der Relation a. a. O. wird deßhalb auch zugleich angeführt, daß diese Fassung und Einrichtung **den Rechten** nach weder geboten noch zulässig erscheine. — Da aber vorher anerkannt wird, daß der Angeschuldigte ein Recht auf den Ausspruch habe: „— etwa dahin — daß er von Strafe freigesprochen werde" — a. a. O. S. 27. und da auch weiter von

So wie der Strafrichter nur im Interesse der Untersuchung dieselbe gegen den Angeschuldigten richtet, und bei der Frage über Erkennung der Hauptuntersuchung eine Rücksicht darauf nicht nehmen kann, welche politischen Nachtheile für das in Anklagestand zu setzende Individuum hiernach verknüpft [56]) sind; eben so sehr liegt es außerhalb seiner Sphäre, die politischen Vortheile in Erwägung zu ziehen, welche dem Angeschuldigten aus dem Ausspruch erwachsen mögen, den der Richter vom strafrechtlichen Standpunkt ausgefunden hat.

II.

Anhang: die Fähigkeit zur Wahl als Kammermitglied betreffend.

§. 14.

An das bisherige Resultat knüpft sich die andere Betrachtung über die Frage: ob der Angeschuldigte, welcher auf den Grund der Verjährung freigesprochen worden ist, auch deßhalb wieder Kammermitglied werden kann [1]).

---

der Eventualität ausgegangen worden ist „— die Sache sey in Folge des von dem Querulanten geltend gemachten Umstandes zu Ertheilung eines Erkenntnisses geeignet" — a. a. O. S. 35; so scheint es, daß der Nachweis aus den Rechten über die Unzulässigkeit des zu fassenden Urtheils nicht geführt worden ist.

56) Nach unserer Praxis wird nur in wenigen Fällen auf die Hauptuntersuchung förmlich erkannt. Es ist z B. sehr gewöhnlich, daß respicirt wird, ob der Untersuchungsrichter am Schluß der Untersuchung einen Vernommenen wegen förmlicher Vertheidigung, worauf der Angeschuldigte verzichten kann, befragt hat. Es wäre ein höchst betrübender Gedanke, wenn das Ermessen des Gerichts hier von einer solchen Rücksicht, sie sey für den Angeschuldigten schonend oder kränkend — geleitet werden könnte, wodurch das Gericht eine offenbare Gewalt usurpirte.

1) Diese Frage gehört zur Competenz des Strafgerichts eben so wenig, als dasselbe über die Fähigkeit zur Wahl überhaupt

Bei einem Kammermitglied wird offenbar die Integrität des Charakters und ein unbescholtener Ruf in Anspruch genommen. Dies sind die Motive des gesetzlichen Ausschlusses der Wählbarkeit Desjenigen, welcher

„wegen Verbrechen oder Vergehen, die nicht blos zur
„niederen Polizei gehören, vor Gericht gestanden hat,
„ohne gänzlich freigesprochen worden zu seyn.“ [2])

Da hiernach durch die Stellung vor Gericht die Fähigkeit zur Wahl bis dahin suspendirt wird, wo ein freisprechendes Erkenntniß erfolgt, in welchem Fall sie wieder eintritt; so läßt sich nicht nachweisen, daß auf die Frage eingegangen werden könnte, ob die Freisprechung grade durch die Verjährung oder wie sonst begründet worden ist.

Bei entgegenstehender Ansicht müßte man zu dem Resultat kommen, daß die zur Prüfung der Wählbarkeit competente Behörde die rechtliche Begründung jedes freisprechenden Urtheils zu prüfen und nach dem Resultat dieser Prüfung über die Fähigkeit zur Wahl zu verfügen berufen sey.

Will man sich aber auf Unterscheidungen einlassen, so wird man bald finden, daß die Verjährung allein es nicht ist, welche eine Betrachtung über die Mangel-

---

zu cognosciren befugt ist. Hiermit stimmt auch die neueste Entscheidung des Höchsten Gerichts überein — vergl. kritische Beleuchtung S. 35. Es scheint hierauf der eigentliche Sinn der Entscheidung gerichtet zu seyn. Die nachfolgende Betrachtung bezieht sich zunächst auf das Großherzogthum Hessen; es wird sich aber auch anderwärts die nämliche Betrachtung machen lassen. Vergl. Verfassungsurkunde von Baiern d. d. 26. März 1818. Tit. VI. §. 12. Würtemberg'sche Verfassungsurkunde vom 25. Septbr. 1819. §. 135. pos. 2. und 146. Sächsische Verfassungsurkunde d. d. 4. Septbr. 1831. §. 74. pos. c. Braunschweigisches Wahlgesetz de 1832. §. 2. pos. 1. Churhessische Verfassungsurkunde d. d. 5. Januar 1831. §. 67. pos. 1. Eine eigene Betrachtung würde das Grundgesetz von Altenburg d. d. 29. April 1831. §. 111. pos. d. vgl. §. 89. pos. d. hervorrufen.

2) Vergl. Verfassungsurkunde des Großherzogthums Hessen d. d. *17. Decbr. 1820.* Art. 60. Gesetz vom 28. Sept. 1842. Art. 4.

haftigkeit der hervorgehobenen gesetzlichen Bestimmung überhaupt zuläßt.

Wer wird z. B. die Unbescholtenheit eines Mannes anerkennen, der sich entschlossen hat, seinem Concurrenten die Werkstätte anzuzünden, den Brennapparat bereits mit vielem Zeitaufwand und großer Gefahr herbeigeschafft und am Abend im Augenblick der Ausführung aus einer besonderen Gemüthsstimmung das Anzünden unterlassen hat, sey es nun, daß sein Wille [3]) von der Reue oder von der Furcht im Dunkeln beherrscht worden ist.

Ein Ehebrecher muß wegen mangelnder Klage freigesprochen werden, ja wenn ordnungsmäßig verfahren wird, so wird er überhaupt nicht vor Gericht gestellt.

Mit leichter Mühe lassen sich dergleichen Beispiele noch vielfältig vermehren [4]).

Es läßt sich auch im entferntesten nicht annehmen, als ob der Gesetzgeber im Jahre 1820 den Umstand sollte übersehen [5]) haben, daß durch die fragliche Bestimmung nicht Alle als wahlfähig ausgeschlossen werden, welchen in Folge der strafrechtlichen Proceduren der unbescholtene Ruf abgeht. Der um die Criminalrechtswissenschaft und um unsere Verfassung gleich verdiente Grolman hat die Verfassungsurkunde contrasignirt, und man darf wohl voraussetzen, daß er die möglichen Gründe eines freisprechenden Urtheils erschöpfend gewußt hat [6]).

3) Siehe oben §. 7. Not. 27. Art. C. C. C. 118. Strafgesetzbuch des Großherzogthums, Art. 69.

4) §. 7. oben.

5) Zur Auslegung der Verfassungsurkunde würde es auf ein solches Versehen nicht ankommen, denn hier würde der Grundsatz entscheiden, daß auf die Disposition des Gesetzgebers zu sehen sey, nicht aber darauf, was der Gesetzgeber etwa disponirt hätte, wenn ihm kein Versehen unterlaufen wäre. Wer wollte sich auch anmaßen, hier alle wohl unerschöpfliche Fälle im vermeintlichen Sinn des Gesetzgebers zu entscheiden.

6) In seiner Criminalrechtswissenschaft §. 514, worüber er lange Colleg gelesen hat, sagt er: „In Ansehung ihres Inhalts sind

Mit diesem Bewußtseyn läßt sich auch die fragliche Bestimmung in vollständigen Einklang bringen, wenn man sich den Gesichtspunkt des Gesetzgebers vergegenwärtigt.

Die Stellung vor Gericht sollte die Fähigkeit zur Wahl ausschließen. Dies war zunächst die positive Bestimmung, und damit dadurch im Sinne des Gesetzgebers keine Ungerechtigkeit herbeigeführt würde, so sollte der Freigesprochene wieder wählbar werden, wie er es vorher gewesen ist [7]).

Von dieser Seite betrachtet kann man nicht einmal glauben, daß der große und selbstständige Denker den Artikel nur gedankenlos etwa einer fremden Verfassungsurkunde entlehnt habe. Die Selbstständigkeit der Fassung des Artikels läßt sich von einer andern Seite noch zufällig begründen.

Es war damals die Terminologie gewöhnlich der bloßen absolutio ab instantia das „völlig" [8]) freisprechende Urtheil entgegenzusetzen.

Die Verfassungsurkunde verlangt, daß der Angeschuldigte „gänzlich" freigesprochen werde. Dies beruht auf der Terminologie v. Grolman's, welcher der absolutio ab instantia das „gänzlich freisprechende" [9]) Urtheil entgegensetzt.

§. 15.

Hierdurch wird auch zugleich nachgewiesen, daß es nur darauf ankommt, ob der Angeschuldigte von Strafe

---

die endlichen Sentenzen entweder verdammende oder lossprechende, je nachdem sie entweder eine Strafe für den Angeschuldigten bestimmen, oder die rechtliche Unzulässigkeit einer Bestrafung erklären."

7) Damit war er noch lange nicht Kammermitglied.

8) Martin a. a. O. §. 142.

9) v. Grolman Criminal-Rechtwissenschaft S. 514.

definitiv freigesprochen worden ist. Insbesondere kann darauf kein Gewicht gelegt werden, ob der Angeschuldigte etwa mit Kosten[10]) belastet worden ist. Die Verurtheilung in die Kosten oder wenigstens einen Theil derselben läßt sich so vielfältig begründen, daß die Fälle, welche mit der verwirkten Strafe im Zusammenhange nicht stehen, nicht erschöpft werden können. Bei uns wird zufolge gesetzlicher Bestimmung der Angeschuldigte, ohne alle Unterscheidung[11]), jedesmal in die Atzungs- und Defensionskosten verurtheilt. Dies schließt schon die Möglichkeit des Gedankens aus, daß der Gesetzgeber eine Freisprechung rücksichtlich der Kosten verlangt hätte.

Um nun noch ein Beispiel anzuführen, so kann ein Angeschuldigter vielleicht im gerechten Troß die Antwort verweigern, weil er glaubt, den zudringlichsten Fragen des Untersuchungsrichters keine Antwort schuldig zu seyn. Es können dadurch viele Weiterungen entstehen. Wenn er aber am Ende freigesprochen und in die schuldvoll von ihm veranlaßten Kosten verurtheilt wird; so läßt sich dem Gesetzgeber der Gedanke nicht aufdringen, daß ein solcher Angeschuldigter wahlunfähig sey, wenn auch der Sinn der gänzlichen Freisprechung mit weniger Gewißheit ermittelt werden könnte, als derselbe oben nachgewiesen worden ist.

§. 16.

Nachdem hierdurch der wahre Sinn der Verfassungsurkunde hergestellt worden ist, läßt sich auch die allerdings nicht zu übersehende Betrachtung vom positiven Stand-

---

10) Die kritische Beleuchtung scheint darauf einen Werth zu legen, daß E. E. Hoffmann von den Kosten früher freigesprochen worden ist, S. 56.

11) Peinliche Halsgerichtsordnung von 1726. Tit. XIX. §. 1.

punkt aus beurtheilen, daß der durch die Anschuldigung hervorgerufene **Verdacht** eines Verbrechers durch die Freisprechung alsdann nicht beseitigt wird, wenn solche insbesondere [12]) auf die Verjährung gegründet ist.

Vorerst ist hierbei hervorzuheben, daß dieser Verdacht des Angeschuldigten als eines Verbrechers auf die Erkennung der Hauptuntersuchung gegründet ist, daß also dieser Verdacht vorliegt, es mag von der einen oder anderen Art der Verjährung die Rede seyn, es mag die absolutio ab instantia [13]) erkannt worden oder die Untersuchung stillschweigend liegen geblieben seyn.

Eine Beschränkung dieser Betrachtung auf den einen oder andern Fall wäre hiernach willkührlich. Wenn aber der Angeschuldigte bei schon eingetretener Verjährung durch Zufall oder durch die Schuld des Richters vor Gericht gestellt worden wäre, so erscheint es evident als die größte Ungerechtigkeit gegen den Angeschuldigten, denselben noch mit größeren Nachtheilen zu überhäufen, als welche ihn ohnehin durch die Schuld des Richters betroffen haben.

---

12) Daß der nämliche Fall nicht blos bei der Verjährung vorkommen kann, ist schon wiederholt vorgekommen, §§. 7. 14.

13) Auf diese beruft sich Dr. **Breidenbach** a. a. O. S. 701. Allein so wenig der constatirte Verdacht durch den Zeitablauf erlöschen kann, wenn die Verjährung erst **nach** der Hauptuntersuchung eingetreten ist, eben so wenig ist dies der Fall, wenn die Verjährung vorher eingetreten war. Mindestens mit einem **Verdächtigen** hat man es allemal zu thun, nur ist dabei nicht zu übersehen, daß die That selbst ihrer rechtlichen Qualität nach verschwunden ist, und daß also der Verdacht kein Object hat. — Auch wird der Verdacht nicht durch die absolutio ab instantia constatirt, sondern durch die vorausgegangene Stellung des Angeschuldigten vor Gericht. Hier zeigt sich auch, daß die Annahme, **nur** die Verjährung **vor** der Untersuchung stehe der Wahlfähigkeit nicht entgegen, ad absurdum führt, denn danach käme es zu dem Resultat, daß ein nach gerichtlicher Untersuchung constatirter Verbrecher wahlfähig, aber der blos Verdächtige nicht wahlfähig wäre *und es selbst bei* ungegründetem Verdacht nicht werden könnte!

Das entscheidende Moment für den positiven Grundsatz liegt aber darin, daß der Gesetzgeber die Fähigkeit zur Wahl durch die Stellung vor Gericht suspendirt hat, und daß er die Fähigkeit wieder eintreten läßt, wenn der Angeschuldigte freigesprochen worden ist. Ein contrarium actum [14]) gegen den Verdacht ist nicht nothwendig, da in dem freisprechenden Urtheil ein solches contrarium eben sowohl liegen kann als es darin vermißt wird [15]).

Es würde auch der Verdacht an sich nicht hinreichen, um einen Mann, der im Uebrigen das Vertrauen seiner Mitbürger genießt — denn von einem solchen handelt es sich doch nur — von der Fähigkeit zur Wahl auszuschließen. Es kommt aber hier ein öffentliches Aufsehen hinzu, das mit der Stellung vor Gericht verbunden ist, und diese Umstände zusammen müssen die Disposition begründen. Der Verdacht ist auch in der That unmittelbar vor der Stellung vor Gericht schon vorhanden, und wenn es dem Gesetzgeber auf den Verdacht angekommen wäre, so würde er dieses Materielle der Sache, nicht aber die Feierlichkeit des vor Gericht Stehens erwähnt haben. Also daß der Angeschuldigte nicht mehr vor Gericht steht, das ist das contrarium actum. In sofern wird sich auch die Lehre nicht beanstanden lassen, daß derjenige Angeschuldigte zur Wahl fähig wird, bei dessen definitiver Freisprechung ein förmliches Urtheil nicht erlassen worden ist, wenn nur sonst aus der Verfügung [16])

14) Dies verlangt Dr. Breidenbach a. a. O. für den Fall der absolutio ab instantia.

15) §§. 7 und 14.

16) Bei einem Angeschuldigten, der vorher ab instantia absolvirt und unter polizeiliche Aufsicht gestellt worden war, läßt sich dies unter Umständen aus der Aufhebung dieser Maaßregel auch unter gleicher Beschränkung alsdann erkennen, wenn die gestellte Caution aufgehoben resp. zurückgegeben wird. Bei

des Gerichts hervorgeht, daß er nicht mehr vor Gericht steht [17]).

Es läßt sich diese Ansicht durch die Erfahrung rechtfertigen, daß ein Angeschuldigter bei klar erwiesener Straflosigkeit, wie z. B. im Fall einer bloßen Verwechslung einer Person, nicht immer auf ein Urtheil dringt, und das Gericht auch keine sonstige Veranlassung hat, ein solches förmliches Urtheil zu erlassen.

Allerdings ist dies nur ein Nothbehelf der über die Fähigkeit der Wahl entscheidenden Behörde. Allein er ist doch wohl dem weiteren Ausweg, das Gericht vielleicht nach Jahr und Tag zur Erlassung eines förmlichen Urtheils zu nöthigen, vorzuziehen. In dieser letzten Unterstellung könnte die Frage entstehen, ob nicht auch diese Behörde befugt wäre, dem Gericht ein Urtheil abzunöthigen, da dieselbe nicht blos um der Wahlfähigen, von welchen die Wahl in der Regel [18]) nicht abgelehnt werden

---

einer eidlichen Caution müßte, wenn sich das Gericht zu einem förmlichen Endurtheil nicht versteht, der Eidespflichtige seines Versprechens entbunden werden. Die von E. E. Hoffmann erwirkte Verfügung, daß jede weitere Untersuchung gegen ihn einzustellen sey, scheint keinen Zweifel zurückzulassen.

17) Vgl. Dr. Breidenbach a. a. O. S. 701, woselbst etwas Aehnliches von einem wegen Verjährung nichtigen Verfahren ausgeführt wird, ohne daß jedoch erschöpfend ersichtlich ist, wer zur Nichtigkeitserklärung competent ist, da diese Competenz weder auf die erwähnte höhere Instanz beschränkt worden ist, noch darauf beschränkt werden kann. Auch in dem angeführten Beispiel würde nach einer richtigen Theorie die höhere Instanz nicht und solche nur alsdann competent werden, wenn der Verurtheilte noch anderweite devolutive Rechtsmittel eventuell cumulirt hätte. Zur Ausschließung der 1sten Instanz läge ohne ein solches Rechtsmittel auf allen Fall kein Grund vor. In welcher Form das nichtige Verfahren als solches erklärt werden soll, ist nicht gesagt. Uebrigens glaube ich nicht, daß eine Hauptuntersuchung, in deren Lauf, insbesondere ohne Schuld des Richters, die Verjährung zuerst constatirt wird, nichtig ist. Vgl. Müller a. a. O. §. 90. Die Auctorität von Engau Verjährung in peinlichen Fällen §. 9 und 10., welcher das peinliche Gericht von der Verjäh-

kann, sondern wegen des öffentlichen Interesses die Wahlfähigkeit prüft und darüber verfügt.

Die nämliche Frage würde entstehen, wenn es sich im einzelnen Fall davon handelt, ob ein bestimmtes Individuum vor Gericht gestellt worden ist.

III.

Zachariä's Ansicht [1]).

§. 17.

Ich habe die Ansicht Zachariä's vorzutragen bis daher verschoben, weil hiernach die Unterschiede meiner Entwickelung am besten hervortreten. Auch hat mich dabei die Rücksicht geleitet, daß nach der Ansicht von Zachariä, so sehr sie auch in Rücksicht des Strafprocesses von der meinigen abweicht, doch in Rücksicht der materiellen Wahlfähigkeit zum Kammermitglied mit meinem Resultat vollständig zusammenfällt.

---

rung aufheben und zerstören läßt, hat hier keinen bedeutenden Werth. Denn er selbst lehrt §. 20: „Das peinliche Gericht ist vielmehr, da ihm die Unschuld eines peinlich Beklagten an den Tag zu bringen oblieget, auf die Verjährung, wo es derselben aus den Acten gewiß ist, ohnerachtet die Partheien sich darauf nicht bezogen, vermöge seines Amtes zu erkennen schuldig." Dieser Gelehrte wird also in der mit der Verjährung verbundenen „Unschuld" oder Straflosigkeit und dem hiernach eingerichteten Erkenntniß oder Urtheil die Aufhebung des peinlichen Gerichts als Folge eines jeden freisprechenden Urtheils angesehen, oder die Ursache und Wirkung nicht scharf unterschieden haben. Das Erste wäre in seiner Art richtig, das Zweite darum wahrscheinlich, weil er die Proceßfrage ex professo nicht behandelt und nur soweit berührt, als dies sein Gegenstand nothwendig macht.

18) Im Großherzogthum nur aus bestimmten Gründen. Verordnung d. d. 22. März 1820. Art. 13. pos. 2.

1) Archiv des Criminalrechts, Neue Folge, Jahrgang 1842. S. 199 — 213.

Zachariä hat ebenfalls einen ähnlichen concreten Fall [2]) vor Augen gehabt, von dem jedoch nicht ersichtlich ist, ob der Angeschuldigte ab instantia absolvirt worden ist [3]) oder nicht [4]).

§. 18.

Den Begriff der Verjährung setzt Zachariä in den Ablauf der gesetzlich bestimmten Zeit vom Tage des begangenen Verbrechens gerechnet. Wenn die Einleitung der Untersuchung gegen den Thäter gerichtsseitig erkannt oder diese Absicht des Gerichts in den Acten deutlich ausgesprochen worden ist [5]), so läßt er die Zeit, während welcher das Gericht gehandelt hat, bei Berechnuug der Verjährung ausfallen, gleichviel ob z. B. bei einem nur erlassenen Steckbrief etwa blos 1 Tag ausfällt [6]), oder ob nach einer Reihe von Handlungen auf die absolutio ab instantia erkannt worden ist [7]).

Er stützt sich dabei auf die Worte von Paulus [8]):

„— Aequum est, computationi quinquenii eximi id tempus, quod per postulationem praecedentem consumtum sit",

und bemerkt insbesondere „selbst wenn man an die häufigen absolutiones ab instantia denke, werde die im Ge-

---

2) a. a. O. S. 210: „— in einem bestimmten Fall wirklich schon geltend gemachten Schlußfolgerung —" S. 212: „— und eben so wenig läßt sich — wie man auch wohl gemeint hat, von einer Lücke in der Gesetzgebung sprechen, welche einer Ausfüllung bedürfe."

3) Daß hiervon Zachariä handle, ist in der Relation vorausgesetzt worden. Vergl. kritische Beleuchtung S. 28.

4) Dr. Breidenbach a. a. O. S. 700—701. sagt von Zachariä: „Aus diesen — Worten — erhellt, daß hier nur von der Verjährung die Rede ist, die schon vor Beginn der Untersuchung perfect war." Die Ansicht Zachariä's über diese Unterscheidung wird unten nachgewiesen werden.

5) a. a. O. S. 203.

6) a. a. S. 207.

7) a. a. O. S. 206.

8) Fr. 31. Dig. 48, 5.

setz gestellte Voraussetzung, daß das schon einmal begonnene Strafverfahren zu keinem endlichen Resultat geführt habe, als erfüllt betrachtet werden müssen."

Wenn also Zachariä von Verjährung spricht, so ist es ihm gleich, ob eine Untersuchung in der Zwischenzeit geführt worden ist oder nicht, ob in dieser Untersuchung eine absolutio ab instantia erfolgt ist oder nicht. Nur bringt er die Dauer der Untersuchung bei Berechnung der für die Verjährung erforderlichen Zeit nicht in Computation.

Die nächste und unmittelbare [9]) Wirkung der Verjährung setzt er dahin, „daß dadurch die Einleitung und Fortsetzung eines Strafprocesses gegen den Beschuldigten ausgeschlossen wird" [10]). Als Folgen dieses Satzes leitet er ab

„1) die Unmöglichkeit einer Bestrafung und die Beseitigung aller durch die Verurtheilung oder Bestrafung bedingten Folgen" [11]);

„2) den Ausschluß der mit Eröffnung eines peinlichen Processes dem Angeschuldigten nachtheiligen Folgen [12]), insbesondere

a) die Aufhebung der durch eine Criminal-Untersuchung bedingten Suspension eines Staatsdieners [13]),

b) die Aufhebung der mit einer Criminal-Untersuchung verbundenen Suspension des Staats- und Ortsbürger-Rechts" [14]).

---

9) Dies ist der Sinn, der auf die Gesetzesstellen S. 207. Not. 5. begründeten Ausführung, obwohl es allerdings den Worten Zachariä's S. 207. nicht ganz entspricht. Vergl. S. 208: „Es folgt aber hieraus von selbst" ꝛc.

10) S. 207.

11) S. 208.

12) S. 208.

13) S. 209.

14) S. 209.

Insbesondere macht er eine Anwendung auf die Verfassungsurkunden, nach deren Inhalt Derjenige nicht wahlfähig ist, welcher sich wegen eines Verbrechens in Criminal-Untersuchung befindet „oder befunden hat", ohne völlig freigesprochen zu seyn [15]).

Dafür führt er zwei Gründe an; dann sagt er:

1) die Verfassung setze eine gesetzlich statthafte Untersuchung voraus [16]), und

2) die Verfassung könne die völlige Freisprechung für einen Fall nicht zur Bedingung gemacht haben, wo eine völlige Freisprechung an sich „ganz unmöglich" sey [17]).

Dem letzten Punkt widmet Zachariä eine besondere Betrachtung und bemerkt namentlich, daß man bei entgegengesetzter Ansicht „die Erfüllung einer rein unmöglichen Bedingung verlange", auch den Angeschuldigten in eine schlechtere Lage versetze, als denjenigen, der die Anschuldigung als eine verjährte noch nicht zurückweisen könne [18]).

„Bei solchen Gründen, sagt er, kann von einem „Zweifel über die Wirkung der eingetretenen Verjährung wohl kaum noch die Rede seyn, und eben so wenig „läßt sich hinsichtlich der Entscheidung der angeregten „Frage — von einer Lücke in der Gesetzgebung sprechen, „welche einer Ausfüllung bedürfe" [19]).

§. 19.

Welch ein wunderbarer Gebrauch von einem Schriftsteller gemacht werden kann, davon gibt der E. E. Hoffmann'sche Fall ein Beispiel.

---

15) S. 210. 17) S. 211. 19) S. 212.
16) S. 211. 18) S. 212.

Während in der Relation behauptet wird, Zachariä habe die Frage, „ob der von der Instanz Absolvirte auf den Grund der seit (???) der erkannten absolutio ab instantia abgelaufenen Verjährungsfrist eine völlige Freisprechung verlangen könne“ [20]), verneint, behauptet Dr. Breidenbach [21]), „daß nur von der Verjährung die Rede sey, die schon vor Beginn der Untersuchung perfect wäre!“ —

Obwohl Zachariä diese Unterscheidung möglicherweise nicht machen konnte, so befindet sich die Relation in ihrem Recht, weil Zachariä den hervorgehobenen Fall [22]) nothwendig mitbehandeln mußte.

Da aber Zachariä die gerichtliche Verfügung, wie sie eigentlich nach seiner Meinung zu fassen ist, nicht angibt, und da es dem Gericht obliegt, die praktischen Folgen eines Rechtsbegriffes erschöpfend auszusprechen; so wäre, um die angezogene Auctorität kennen zu lernen, mindestens die Bemerkung nöthig gewesen, daß Zachariä die Unmöglichkeit einer Freisprechung grade als Grund für die Wahlfähigkeit [23]) geltend macht.

Hierdurch wären zwei Möglichkeiten eröffnet gewesen, indem

1) entweder die Auctorität von Zachariä nicht anerkannt worden wäre, oder

---

20) Kritische Beleuchtung S. 28.

21) a. a. O. S. 700—701.

22) Im Sinn von Zachariä ist also ein Fall vorausgesetzt, wobei die Untersuchung am Tage des Verbrechens begonnen hatte. Darauf ist aber begreiflich nirgends Gewicht gelegt worden.

23) S. 211. Zachariä widerspricht auch ausdrücklich der Möglichkeit einer schlimmeren Lage des Angeschuldigten im Fall der Verjährung, als ohne solche.

2) indem man den Ausweg gesucht hätte, in welchem Zachariä glaubt, seiner Ansicht praktische Geltung zu verschaffen.

Unter der Auctorität von Engau erwähnt derselbe ein Erkenntniß der Juristenfacultät zu Frankfurt, des Inhalts [24]): „Weil gedachter N. wegen des adulterii nicht condemnirt ist, auch nunmehr wegen der vollzogenen Präscription nicht condemnirt werden kann, so kann er *pro infami* oder unehrlich nicht geachtet, noch deßhalb ihm mit Fug Rechtens der Tuchmacher-Gülde und Nahrung sich zu enthalten angemuthet werden, sondern es sind die anderen Tuchmacher schuldig, ihres Einwendens ungeachtet, ihn nach wie vor ungehindert dabei zu lassen."

Die Anwendung, welche hier von der Wirkung der Verjährung auf die Ehrlichkeit des Angeschuldigten und auf die Mitgliedschaft in der Tuchmacher-Gülde gemacht wird, könnte ebensowohl auf die Fähigkeit zum Kammermitglied gemacht werden; — obwohl allerdings zugegeben werden muß, daß sich Zachariä über die Form, in welcher seine Ansicht praktische Geltung erhalten soll, nicht ausgesprochen hat.

Die Beschränkung, welche dagegen von Dr. Breidenbach in die Ansicht Zachariä's gelegt wird, wodurch er und die Relation auch in Collision unter sich gerathen, beruht auf einem offenbaren Versehen [25]).

---

24) S. 209. Not. 8.

25) Es ist nur so viel richtig, daß einige Gründe Zachariä's blos auf den Begriff von Verjährung passen, wie ihn Dr. Breidenbach auf den Grund des Strafgesetzbuchs des Großherzogthums vor Beginn einer Untersuchung vor Augen hat. Den Grund, welcher auch auf die Verjährung nach eingeleiteter Untersuchung paßt, S. 211—212, hat Dr. Breidenbach nicht angeführt. Er findet sich in der Relation S. 26. der kritischen Beleuchtung.

Zachariä hat eine solche Beschränkung nirgends erwähnt, er befand sich nach seinem Begriff von Verjährung außer Stand, eine deßfallsige Unterscheidung zu machen.

Bei diesem Begriff würden schon die Worte von Zachariä entscheidend seyn, wo er sagt [26]): „Auch kann es keinen Unterschied machen, ob ein peinliches Verfahren eingeleitet, eine Zeitlang fortgesetzt und erst später Existenz der Verjährung anerkannt worden ist, oder ob das Gericht aus diesem Grunde die Unzulässigkeit eines peinlichen Verfahrens gleich von vorn herein ausgesprochen hat." Er hat aber ferner eine absolutio ab instantia mit in seine Voraussetzung eingeschlossen [27]), und er würde endlich eine Lücke in der Gesetzgebung anerkannt haben, wenn er sich genöthigt gesehen hätte, einen Angeschuldigten an die Gerechtigkeit Gottes zu verweisen, der wir doch Alle, ohne Rücksicht auf die Perfection der Verjährung [28]), anheimfallen.

Zachariä hat auf zwei Seiten [29]) die Ungerechtigkeit des Gesetzes nachgewiesen, wenn es dem Angeschuldigten eine Unmöglichkeit zumuthen wollte, und er sollte gleichwohl einen solchen Fall im Herzen haben, den er mit der Gesetzgebung auszufüllen nicht vermeint gewesen wäre? Zachariä's Meinung ist Das nicht gewesen.

26) S. 209.

27) S. 206.

28) Vergl. Dr. Breidenbach a. a. O. S. 701, woselbst behauptet wird, daß „durch die Perfection der Verjährung die Frage über Unschuld wie Schuld dem lieben Gott anheim gestellt sey"; was auf einem offenbaren Mißverständniß beruht, obwohl auch hierfür Engau a. a. O. §. XXXII. als Auctorität geltend gemacht werden könnte, da er sich auf ein Urtheil der Jenenser Rechtsgelehrten beruft, inhaltlich dessen „nach Verfließung gantzer 20 Jahre — die Inquisition — eher göttlicher Rache anheim gelassen wird" —

29) S. 211—212.

§. 20.

Zur Begründung meiner Ansicht, derjenigen Zachariä's gegenüber, glaube ich Folgendes beifügen zu müssen.

Daß dieselbe in sofern ganz neu ist, als er es für eine Unmöglichkeit hält, ein freisprechendes Urtheil zu geben, glaube ich oben §. 18. nachgewiesen zu haben. Er hat sich auch selbst als Auctorität nur auf Engau berufen [30]), dessen Proceßansicht ich jedoch in seinem Werke nicht entwickelt [31]) gefunden habe, wobei nicht übersehen werden kann, daß die aus den Verfassungen hervorgerufene praktische Seite der in Frage gestellten Freisprechung dem Gelehrten des vorigen Jahrhunderts nicht bekannt gewesen ist.

Die Ansicht ist auch in sofern unvollständig vorgetragen, als nicht ersichtlich ist, in welcher Form die verschiedenen Wirkungen der Verjährung, wie sie Zachariä lehrt, anerkannt werden sollen, in welcher Form also namentlich

a) eine bereits eingeleitete Hauptuntersuchung ausgegeschlossen,
b) wie die nachtheiligen Folgen derselben von dem Angeschuldigten abgewendet, insbesondere also z. B. wodurch die Suspension des Staatsdieners aufgehoben, und wie die Fähigkeiten des Angeschuldigten zum Kammermitglied ausgesprochen wird.

Die Begründung der Ansicht ist in zweifacher Weise versucht worden.

Einmal ist die Unmöglichkeit für den Richter behauptet worden, über Schuld oder Unschuld zu urtheilen [32]).

30) S. 208.

31) Siehe die Erkenntnisse bei Engau a. a. O. §. XXIII und XXXII, und oben §. 16. Note 17. a. E. und §. 19.

32) S. 211.

Hier begreift sonach Zachariä unter Unschuld, ebenso wie die Relation, alle Gründe der Freisprechung, ohne dazu die Verjährung [33]) zu rechnen. Es ist also offenbar eine petitio principii, welches die Beantwortung der Frage voraussetzt, ob die Verjährung ein Grund zur Absolution ist oder nicht.

Demnach reducirt sich Alles auf die Ansicht Zachariä's, daß er die unmittelbare Wirkung der Verjährung dahin setzt, es werde dadurch eine eingeleitete Hauptuntersuchung eingestellt, und daß er zuerst hieran die Unmöglichkeit der Bestrafung knüpft, weil die Bestrafung ein gesetzliches Verfahren voraussetze; während sonst, wie auch Zachariä selbst sagt [34]), das Verbrechen als getilgt, die rechtlichen Folgen desselben als aufgehoben betrachtet werden, woran der Schluß der Hauptuntersuchung und die Freisprechung als im Proceß vermittelte Folge sich anknüpft.

Hält man fest, daß die Einleitung einer Hauptuntersuchung nach den zur Zeit gegebenen Gründen beurtheilt werden muß, so ließen sich nach der Ansicht Zachariä's selbst Fälle denken, in welchen ein verjährtes Ver-

---

33) Feuerbach im Lehrbuch §. 518. sagt: „Der Criminalproceß hat die Entdeckung der Schuld und der Unschuld eines Angeschuldigten zum Zweck.“ Wenn das Wort Unschuld hier eine solche Bedeutung hätte, so würde daraus nur folgen, daß die Entdeckung der Verjährung außerhalb der Grenzen des Criminalprocesses läge. Diese Beispiele lassen sich unendlich vermehren; vergl. v. Grolman a. a. O. §. 422. s. oben §. 6. Not. 21. Gewiß nur zufällig ist es, daß z. B. Dr. Zöpfl in dem angezogenen Band des Archivs S. 142. mit Bezug auf die Nothwehr sagt: „Schuld oder Straflosigkeit.“ Ueberall soll das Gebiet des Strafrechts erschöpft werden. So z. B. wieder Mittermaier in demselben Band des Archivs S. 103, wo er die Aufgabe des Strafprocesses dahin setzt: „daß kein Schuldiger seiner Strafe entgehe, aber auch kein Unschuldiger eine Strafe erleide.“

34) S. 207.

brechen bestraft werden müßte, da nämlich, wo nach geschlossener Hauptuntersuchung, oder jedenfalls nach Erlassung eines Strafurtheils die Existenz der Verjährung sichtbar würde.

Ohne auf diese auch in der Meinung Zachariä's nicht wohl gelegene Consequenz ein erhebliches Gewicht zu legen, werde ich nun die Gründe aus dem römischen Recht, und dann auch aus dem hannöverischen, welches mit dem unsrigen in soweit übereinstimmt, zu widerlegen suchen.

§. 21.

Wenn die römischen Gesetzesstellen die Accusation in Folge der Verjährung abweisen, so ist Dies darum noch nicht entscheidend, weil damit nicht gesagt ist, was Rechtens, wenn eine Accusation zugelassen, und der Angeklagte in Anklagestand (reatus crimen) gesetzt [35]) worden war.

Was die Römer in diesem Fall gethan haben, steht in diesen Stellen nicht. Wollte man aber bei weiterer Entwickelung ein größeres Gewicht darauf legen, so würde Dies nothwendig voraussetzen, daß nicht andere Stellen [36]) den Begriff des Verbrechens angreifen, d. h. dessen rechtliche Bedeutung, die Strafe, vernichten. Eine solche Stelle hat nun Zachariä schon selbst citirt, die er dadurch zu beseitigen sucht, daß er dem doppelsinnigen Ausdruck crimen eine seiner Meinung zusagende Auslegung gibt.

Ich erlaube mir deßhalb, die Auslegung dieser Stelle einer näheren Prüfung zu unterwerfen.

---

35) Mittermaier a. a. O. §. 13.

36) Die Widerlegung von Zachariä's Meinung in der kritischen Beleuchtung §. S. 16 sqq.

§. 22.

Die lex Julia de adulteriis exercendis, welche sowohl das adulterium als das stuprum [37]) in sich begreift, ließ eine Anklage gegen eine Ehefrau nicht eher zu, als bis die Ehe geschieden war [38]). Vom Tage der Scheidung lief dem Ehemann und dem Vater eine Frist von 60 Tagen, innerhalb welcher der eine oder andere [39]) die Anklage erheben konnte. Nach Ablauf dieser 60 Tage [40]) war, wenn bis dahin keine Anklage erhoben war, den extraneis, also jedem Dritten eine Frist von 4 Monaten gegeben, um die Anklage zu erheben [41]). Diese Zeit von 60 Tagen sowohl, als das Ganze von 6 Monaten war ein tempus utile, nach dessen Ablauf die Anklage nicht mehr zugelassen wurde.

Verschieden von dieser Präscription war die des quinquennii, und da die Letztere continuo berechnet wurde, so könnte der Fall eintreten, daß die 60 Tage resp. 6 Monate noch nicht, wohl aber das quinquennium continuum abgelaufen sey.

Von diesem Fall handelt unsere Stelle [42]).

---

37) Fr. 6. §. 1. Dig. h. t. (48, 5.)

38) Fr. 11. §. 10. Dig. h. t.

39) Das Verhältniß derselben unter sich ist hier ohne Erheblichkeit.

40) Vgl. fr. 30. §. 1. Dig. h. t.

41) Fr. 4. §. 1. Dig. h. t.

42) Fr. 29 §. 5. Dig. h. t. Sex mensium haec fit separatio, ut in nupta quidem ex die divortii sex menses computentur; in vidua vero ex die commissi criminis. quod significari videtur Rescripto ad Tertyllum et Maximum Consules. Praeterea si ex die divortii sexaginta dies sint; ex die vero commissi criminis quinquennium praeteriit, debuit dici, nec mulierem posse accusari: ut, quod dantur sex menses utiles, sic sit accipiendum: ne crimen quinquennio continuo sopitum excitetur.

Da dieselbe den Fall wesentlich voraussetzt, daß eine Anklage nicht Statt gefunden hat, so scheint es mir gradezu unmöglich, den Schlußsatz „ne crimen quinquennio continuo sopitum excitetur" von einem Strafproceß zu verstehen.

Daß es offenbar dafür zu nehmen sey, hat zwar Zachariä behauptet. Da aber in derselben Stelle es heißt: „— in vidua vero ex die commissi criminis —" so ist schon deßhalb diese Auslegung bedenklich, wenn auch nicht die übrigen Gründe entgegenstünden.

Das quinquennium ist überdies gegen das admissum [43]), das tempus utile gegen die accusatio gerichtet, und da das quinquennium eintreten kann, ohne daß je eine accusatio möglich gewesen wäre, so kann es auch nicht wohl blos auf die accusatio bezogen werden. Deßhalb läßt sich Mehr nicht behaupten, als daß die accusatio nicht Statt gegeben werden konnte, wenn der Ablauf des quinquennii daraus hervorging.

Gegen die Ansicht von Zachariä spricht auch noch eine weitere Stelle von Ulpian [44]): „— Nam et si nuda voluntate injuriam remisit, indubitate dicendum est, extingui injuriarum actionem, non minus, quam si *tempora abolita* fuerit *injuria*."

Die Vorstellung von Ulpian, daß die Injurie als solche, delictum, in der Zeit untergehe, läßt sich hiernach nicht bestreiten. Es soll also die rechtliche Folge des Delicts, welche in der Strafe besteht, aufgehoben werden.

Wenn wir aber diese Vorstellung auch nicht fänden, so ließ sich doch, wie schon oben bemerkt, nicht wohl zweifeln, daß im Fall einer gestatteten Anklage und darauf erfolgten Processes eine absolutoria eingetreten ist. Wie

---

43) Fr. 29. §. 7. Dig h. t.

44) Fr. 17. §. 5. Dig. de injuriis (47, 10.)

sonst hätten denn die römischen Juristen den Proceß beendigt? —

Hierfür gab es bei den Römern allerdings noch die bei uns ganz fremde gerichtliche Abolition [45]).

Da uns indessen ausdrücklich versichert wird, daß auch derjenige accusator als Calumniant bestraft werden könne, welcher wegen eines verjährten Verbrechens Anklage erhebe [46]), und da die Abolition — maxime post exhibitionem accusati — [47]) dem Calumnianten nicht zu Statten kam, da dieselbe ohnehin nur unter Auctorität des Gerichts, und unter gewissen Voraussetzungen nur mit Einwilligung des Angeklagten Statt finden konnte [48]); so scheint mir hierdurch die Möglichkeit jeden Zweifels über den nothwendigen Eintritt der absolutoria im Fall einer Verjährung beseitigt [49]) zu seyn.

§. 23.

So viel hiernächst das hannöverische und das mit ihm soweit übereinstimmende Strafrecht unseres Großherzogthums betrifft, so wird durch die Verjährung die Strafbarkeit getilgt, resp. die Strafbarkeit erlischt in Folge der Verjährung.

So sehr es sich hiernach von selbst versteht, daß ein Verfahren bei eingetretener Verjährung rechtlich unstatthaft

---

45) Dig. 48, 16. Cod. 9, 42.

46) Fr. pr. §. 1 und 10. Dig. h. t. „— majoreque odio dignus existimaretur, qui temere ad tam improbam accusationem processisset.“

47) c. 2. C. 9, 46. (de calumniatoribus.)

48) c. 3. Cod. h. t.

49) Fr. 1. §. 4. D. h. t. c. 1. Cod. 9, 46. (de calumn.) Hiernach wurde mit der Absolution über die Frage der Calumnie entschieden.

sey [50]); so wenig läßt sich doch für den Richter deduciren, daß es ihm unmöglich wäre, die so eben angegebene Wirkung der Verjährung in einem Urtheil auszusprechen.

Sollte also selbst das römische Recht ein solches Urtheil nicht gut heißen, wogegen übrigens die neueste Auflage von Mittermaier's deutschem Strafverfahren auch in sofern spricht, als ich mich vergebens bemüht habe, darin eine Erwähnung von der neuen Ansicht Zachariä's nur angedeutet zu finden [51]): so könnte doch nach dem Strafrecht von Hannover und dem Großherzogthum Hessen es nicht zweifelhaft seyn, daß die Wirkung der Verjährung zunächst und unmittelbar auf das Verbrechen gerichtet ist, welches mit der Strafbarkeit seine rechtliche Qualität verliert; eine Ansicht, die in dem gemeinen Strafrecht, wie oben nachgewiesen, unter allseitiger Auctorität sich fest gebildet hat, und in die neuen Strafgesetze übergegangen ist.

Daß dieser Begriff ein freisprechendes Urtheil vermittelt, kann von Zachariä nicht wohl widersprochen werden.

---

50) Zachariä a. a. O. S. 211. Not. 11.

51) Mittermaier sagt in seiner Vorrede: „Die Männer der „Wissenschaft selbst haben mehr, als dies früher geschah, an „der Frage über Verbesserung des Strafverfahrens Theil ge„nommen. — Der Bearbeiter des Strafverfahrens mußte „das Ergebniß der neuen Forschungen des In- und Auslan„des sich aneignen — möglichst in die Einzelnheiten des Ver„fahrens eingehen — er mußte die Stimme der Wissenschaft „prüfend darstellen. — Diese Rücksichten schwebten dem Ver„fasser vor." Da es bekannt ist, wie Mittermaier seine Aufgaben erfüllt, das Buch selbst auch davon die genügenden Belege gibt, da es ferner als gewiß vorauszusetzen ist, daß Mittermaier die Abhandlung seines Collegen und Mitredacteurs des Archivs so gut wie Einer kennt: so läßt sich nicht glauben, daß er einen erheblichen Werth auf die Ansicht Zachariä's gelegt habe.

§. 24.

Es sey mir eine Bemerkung über die von Zachariä behauptete Unmöglichkeit eines freisprechenden Urtheils noch erlaubt.

Die Verfassungen verlangen von demjenigen ein freisprechendes Urtheil, welcher vor Gericht gestanden hat. Dieser Ausdruck ist zwar allerdings weniger technisch als figürlich, eigentlich theatralisch [52]). Allein bei uns hat noch Niemand daran gezweifelt, daß darin die Versetzung in den Anklagestand resp. die Erkennung der Hauptuntersuchung gemeint ist.

Es ist hier wiederum interessant, die Lehre von Grolman's über diesen Zustand zu erwähnen.

Der Angeklagte [53]) — sagt er — kann bis zur ausgemachten Sache als ein unbescholtener rechtlicher Bürger nicht gelten, deßhalb werden diejenigen Rechte suspendirt, für welche der unbescholtene Ruf des rechtlichen Bürgers bestimmte Voraussetzung ist; z. B. Rechte auf Verwaltung von Staatsämtern und Genuß der Emolumente [54]).

In der Anmerkung sagt dieser Schriftsteller: Mit der lossprechenden Sentenz erhält demnach, dem Begriff einer Suspension zu Folge, der Angeklagte den Genuß dieser Rechte so wieder, als ob er nie einen Augenblick in Ansehung derselben gelitten hätte.

Es gibt wohl keinen deutlicheren und bestimmteren Commentar als diesen über den Sinn unserer Verfassungsurkunde, und gewiß scheint es mir hiernach richtiger zu

---

52) Deßhalb verdient auch die Aenderung im Landesverfassungsgesetz von 1840 Anerkennung. Vgl. Zachariä a. a. O. S. 210.

53) Criminalrechtswissenschaft §. 530.

54) Dieser Gedanke ist durch Grolman ebenfalls in das Staatsrecht des Großherzogthums übergegangen. Ueber seine rechtliche Begründung s. Mittermaier a. a. O. §. 130.

seyn, das Anerkenntniß darin zu finden, daß bei „ausgemachter Sache“ ein, wenn nicht verdammendes, doch lossprechendes Urtheil erfolgen muß, als einen einzelnen Fall theoretisch nachzuweisen, in welchem bei ausgemachter Sache ein definitiv entscheidendes Urtheil nicht erlassen werden könne. v. Grolman und somit unsere[55]) Verfassung kennt solche Fälle nicht.

§. 25.

Schließlich einen concreten Fall als Beispiel.

Man unterstelle, daß der seitherige Rechtszustand eine Reihe von Handlungen als strafbar behandelt hätte, die nach einer neuen Gesetzgebung straflos wären. Ich könnte zum Beispiel an die früheren Hexenprocesse erinnern, doch liegt ein praktischer Fall näher, wenn nämlich die neue Gesetzgebung z. B. das Gebiet des strafbaren Betrugs in engere Grenzen als die seitherigen eingeschlossen hätte. Nach dem Einführungsgesetz sollten auf alle noch zur Zeit definitiv nicht erledigte Fälle das milde Recht in Anwendung kommen.

Wie wäre es da möglich, die nach dem alten Recht als Betrüger oder Hexenmeister Angeschuldigten freizusprechen, wenn ihre Unschuld constatirt werden müßte, da vielleicht umgekehrt ihre Schuld constatirt wäre? und wie sollte in höherer Instanz den bereits Verurtheilten geholfen werden?

Hier kommt man wieder auf die Verjährung zurück; wie wird Zachariä dem Verurtheilten helfen, wenn in I. Instanz die Verjährung nicht, wohl aber in II. Instanz[56]) anerkannt wird?

55) Die hannöverische hat offenbar denselben Sinn.

56) Der Zweifel kann es genug geben, schon bei der Berechnung. Vgl. Zachariä a. a. O. S. 208 fgg. Bei uns muß eine Untersuchung ohne Schuld und Veranlassung des Angeschuldigten liegen geblieben seyn.

IV.

Stand der Gesetzgebung.

§. 26.

Wenn ich nun noch einige Bemerkungen hier darüber anknüpfe, wie sich die positiven Resultate zu dem Standpunkt der Gesetzgebung verhalten, so ist vor Allem der Gegenstand dieser Betrachtung näher zu präcisiren.

Daß in Folge der Verjährung, als eines die Strafbarkeit erlöschenden Begriffs, ein freisprechendes Urtheil eintreten muß, das läßt sich vom Standpunkt der Gesetzgebung nach dem Wesen und Zweck des Strafprocesses in einen Zweifel nicht, und nur dann ziehen, wenn man den Begriff der Verjährung selbst einer legislativen Prüfung unterwirft.

Diese Prüfung liegt außerhalb der gegenwärtigen Betrachtung, und würde auch keinen praktischen Gegenstand berühren, da die neueren Legislationen nach dem Vorgang des römischen Rechts und der darauf gegründeten gemeinrechtlichen Praxis die Verjährung anerkennen.

Die Frage ist also die, ob es räthlich wäre, eine gesetzliche resp. verfassungsmäßige Bestimmung zu treffen, wonach ein Angeschuldigter, welcher als solcher zum Deputirten einer Ständekammer wahlfähig zu seyn vorerst aufhört, alsdann die Wahlfähigkeit nicht wieder erlangt, wenn seine Freisprechung nur auf die Verjährung gegründet ist.

Es wird also auch hierbei das positive Institut als ein der Gesetzgebungspolitik empfehlenswerthes vorausgesetzt [2]).

---

1) Siehe die oben citirten Verfassungen §. 14. Not. 1.

2) Daß es Dies nicht ist, siehe oben §. 12. Not. 50 a. E. Mittermaier a. a. O. sagt noch: „Wie leicht kann Jemand,

§. 27.

Bei diesen positiven Voraussetzungen erregen namentlich die kurzen Verjährungsfristen eine an sich nicht abzuweisende Bedenklichkeit, weil der gerichtlich ausgesprochene Verdacht auf eine positiv zwar verschwundene That gerichtet ist, die aber gleichwohl in der Reminiscenz des Publicums noch fortleben möchte.

Man sieht schon hieraus, daß die Bedenklichkeit zunächst wieder den positiven Begriff der Verjährung berührt, und also nur dahin führen könnte, die Verjährungsfristen zu verlängern, wozu jedoch die in Frage gestellte Wählbarkeit eines Kammermitgliedes keinen genügenden Grund abgeben würde. Sodann aber ruht die Bedenklichkeit in dem etwaigen Widerspruch des positiv Unterstellten mit der äußeren im Publicum lebenden Wirklichkeit.

Es ist aber hier überflüssig, das Positive mit der Wirklichkeit in Einklang zu bringen, weil die Kammermitglieder nicht vom Gesetz, sondern vom Publicum gewählt werden.

---

den man gern von gewissen Verhältnissen z. B. einer Ständeversammlung entfernen will, einer Untersuchung unterworfen werden!" auch weiter §. 139. Not. 26: „Eine gesetzliche Ausschließung der in Hauptuntersuchung Befindlichen von den Wahlen ist unpassend. Ohnehin fehlt es nicht an Beispielen, daß oft Personen, welche die Regierung nicht gern gewählt haben möchte, in eine Untersuchung verwickelt werden, um sie von der Wahl zu entfernen." Wo nun sogar durch eine absolutio ab instantia dieser Zustand perpetuirt werden kann, da ist eine Ungerechtigkeit offenbar einleuchtend. Bei uns gibt es gegen eine absolutio ab instantia keine Appellation oder Revision, weßhalb hier der Angeschuldigte gegen die Irrthühümer, groben und geringen Versehen und auch gegen den etwaigen dolus des Gerichts in soweit rechtlos gestellt ist.

§. 28.

Wendet man sich zunächst zur Ausführung einer solchen Bestimmung, so zeigt sich, daß der gerichtliche Beschluß zur Hauptuntersuchung dem bis dahin Wahlfähigen diesen Zustand entzogen hat, und es liegt mit Nothwendigkeit in der positiven Bestimmung, daß die Wahlfähigkeit durch die nachfolgende gerichtliche Freisprechung wieder hergestellt [3]) wird.

Bei einer Freisprechung auf den Grund der Verjährung würde deßhalb die Gerechtigkeit erfordern, daß eine besondere Untersuchung über die Anschuldigung zu dem Zweck geführt würde, um die Frage zu beantworten, ob der Freigesprochene auch fähig wäre, zum Kammermitglied gewählt zu werden.

---

3) Damit stimmen auch die Verfassungen überein. Das Gegentheil wäre rechtlich selbst undenkbar. In der Kammerverhandlung, welche Dr. Breidenbach a. a. O. S. 698. anführt, ist für einen speciellen Fall geltend gemacht, daß der Angeschuldigte die Untersuchung zu betreiben verpflichtet sey. Abgesehen daß dies nur ein Recht des Angeschuldigten ist, und daß die Untersuchung trotz seines Betriebs liegen bleiben kann: wie wäre es denn, wenn ein Angeschuldigter zuerst nach Eintritt der Verjährung seine Beweismittel fände? Ohne Material kann man keine Untersuchung betreiben, und gegen die Verjährung gibt es keine Restitution, was ein Unding wäre. Die Discussion hatte übrigens in ihrem Ursprung den Fehler, daß nicht der Begriff von Verjährung gesetzlich aufgefaßt werden sollte, und daß die Competenz des Gerichts zur Anwendung dieses Begriffs übersehen wurde. Zur Auslegung des Gesetzes ist sie auch aus verschiedenen Gründen nicht dienlich, was schon bei den Widersprüchen des Berichterstatters mit dem Regierungscommissär unmöglich wäre. Ohnehin war die Discussion unvorbereitet, die Regierung kann erst später Notiz davon erhalten haben, weßhalb deren Gründe, die Verjährung mit Stillschweigen zu übergehen, nicht ersichtlich sind, und in dem Tact, dem Recht seinen Lauf zu lassen, vermuthet werden müssen.

Wenn es zwar vollständig gerechtfertigt ist, daß sich die Verfassung der bestehenden Strafrechtspflege als Mittel bedient, um die Wahlfähigket der Staatsbürger zu beurtheilen, so ist damit gleichwohl der Beweis nicht geliefert, daß aus diesem Grund eine Strafrechtspflege eingeführt würde, welche nur den Zweck hätte, die Wahlfähigkeit eines Einzelnen zu begründen.

Daß hierbei der Begriff einer Strafrechtspflege festgehalten werden müßte, wäre zum mindesten auch in soweit nicht zu beanstanden, als im Laufe der Untersuchung der von Strafe Freigesprochene wegen etwaiger Gefahr von Collusionen arretirt werden müßte, und der Ausgang der Untersuchung, die Unfähigkeit zur Wahl als eine Strafe [4]) für ihn erscheinen würde.

Da indessen eine solche Untersuchung mit der legislativen Begründung der Verjährung in soweit in Collision gerathen würde, als dahin auch der Umstand gerechnet zu werden pflegt, daß durch die Länge der Zeit die Vertheidigung, namentlich mit Bezug auf die Beweismittel [5]) erschwert wird; so würde es zu weit führen, die bereits angedeutete Unzweckmäßigkeit einer solchen Untersuchung weiter auszuführen.

Ein Bedürfniß hierzu würde sich ohnehin nicht nachweisen lassen, ja wollte man ein solches anerkennen, so müßte der Strafproceß wegen der Bezugnahme auf die Fähigkeit, zum Kammermitglied gewählt zu werden, in

4) Daß hierbei Jemand zur Strafe ab instantia absolvirt werden könnte, würde sich bei der positiven Einrichtung nicht beanstanden lassen.

5) Dies ist auch von dem Großherzogl. Regierungscommissär bei Vorlage des Entwurfs des Strafgesetzbuchs an die Stände hervorgehoben worden. Siehe den Entwurf im Anhang S. 11.

verschiedener Richtung einer Revision und Abänderung [6]) unterworfen werden.

Ist man sonach von der gegebenen positiven Beschränkung in Rücksicht der Fähigkeit zur Wahl völlig durchdrungen, so wird man gleichwohl auch dem auf die Verjährung Freigesprochenen die Aussicht, gewählt zu werden, nicht absprechen wollen.

Ich glaube auch nicht, daß da, wo meine positiv gezogenen Resultate Anerkennung finden, das Bedürfniß zu einer Gesetzesvorlage hervorgerufen werden wird.

---

6) Vergl. oben §§. 7. 14. 16. 25.

XV.

Zur Begriffsbestimmung des Verbrechens der Widersetzung gegen die Obrigkeit

von

Herrn A. Kitz,
Großherzogl. Oldenb. Hofrathe und Mitgliede der Regierung zu Birkenfeld.

(Beschluß des Aufsatzes im vorigen Stücke No. XII.)

Ad II. Während auf der einen Seite angenommen wird, daß es der Obrigkeit gegenüber gar keine gerechte Nothwehr gebe[21]), und auf der andern, daß die Nothwehr überall Platz greife, wo eine unzuständige Obrigkeit in Handlung sey oder eine zustandige Obrigkeit eine gesetzwidrige Anordnung durchsetzen wolle[22]); sucht eine dritte Meinung diese Extreme durch ein: distinguendum est zu vermitteln; indem sie davon ausgeht, daß zwar Ausschreitungen der Behörden vorkommen können, gegen welche das Recht der Nothwehr begründet sey; daß aber nicht jede Abweichung von gesetzlichen Bestimmungen die

21) von Jagemann Archiv 1842. S. 599 u. ff.
22) Köstlin Neue Revision S. 724.

Untergebenen zum Widerstande berechtige. Allein die mancherlei Unterscheidungen, wodurch dann in dieser Sphäre der Ungesetzlichkeit die Grenze zwischen der Nothwehr und dem strafbaren Widerstande abgesteckt wird, scheinen die Mitte, worin hier wie sonst die Wahrheit liegen soll, meistens mehr zu umkreisen als zu treffen.

Viele davon gehen um die Frage selbst nur herum, statt in dieselbe hinein; andere beruhen auf den processualischen Gegensätzen zwischen Iniquität und Nullität, Competenz und Incompetenz; einige halten sich blos an die allgemeinen Bedingungen der Nothwehr, die in der Frage, ob die Nothwehr überhaupt, also auch unter diesen ihren allgemeinen Voraussetzungen gegen Maßregeln der öffentlichen Gewalt zulässig sey? keine Unterscheidung abgeben, sondern mit dieser Frage selbst stehen oder fallen[23]); und nicht wenige endlich, statt ein Princip, von dessen Einheit sie doch beherrscht werden müssen, festzustellen oder darzulegen, versuchen ein solches erst in ihren Unterschieden zu finden und werden so häufig gegen jeden leitenden Grundsatz ganz indifferent und verwirrend.

Zuvörderst muß man die Distinctionen ganz ausscheiden, welche sich, in wie verschiedenen Formen der Anwendung sie auch auftreten, doch sämmtlich auf den Satz, als ihre Quelle, zurückführen lassen: daß zur Widersetzung eine wirkliche und in ihre äußere Erscheinung getretene Amtshandlung vorausgesetzt werde, und wo es daran also fehle, die Nothwehr erlaubt sey. Denn durch diese Unterscheidung wird das Gebiet der hier zu untersu-

23) Wie z. B. daß die Widersetzung nur unter der Voraussetzung eines unersetzlichen Schadens zulässig sey, was sich ganz von selbst versteht oder nicht versteht, je nachdem man bei der Nothwehr diese Voraussetzung erfordert oder nicht, und wodurch also die Frage: ob und nach welchen Unterscheidungen die Nothwehr gegen obrigkeitliche Verfügungen Platz greife? um keinen Schritt weiter gefördert wird.

chenden Frage blos abgesteckt; und insofern ist es allerdings wichtig, mit ihrer Bestimmung zu beginnen, was auch hier geschehen soll; aber indem dadurch blos unterschieden wird, was zu dem Gegenstande der Frage gehört und nicht gehört, muß man sich hüten dieselben für eine Unterscheidung in der Sache selbst auszugeben und diese damit zu confundiren.

1. Demjenigen, welcher als obrigkeitliche Person auftritt, aber es in Wahrheit nicht ist, darf man sich natürlich ungestraft widersetzen. Also ist auch gegen eine obrigkeitliche Person, die nicht als diejenige, welche sie ist, sondern als eine andere, die sie nicht ist, sich geltend macht, die Nothwehr unbedenklich zuzulassen; wie z. B. gegen einen Gerichtsactuar, der unter der Firma des Gerichts eine Verfügung erlassen wollte.

Allein man muß sich hüten, diese Folgerung weiter zu fassen, als sie dieser ihrer formal-logischen Natur nach geht. Wollte man dieselbe nämlich so ausdrücken: daß hiernach also jede Behörde, welche ihre Competenz überschreite, als diese Behörde nicht mehr in Betracht komme; so würde man sofort unzulässiger Weise zu der eigentlichen Hauptfrage hinüberspringen. Denn wenn die Personen, welche eine Behörde bilden, ihre Befugnisse dadurch überschreiten, daß sie zu einer andern Behörde sich aufwerfen, so ist die erstere in ihrer Erscheinung als Gegenstand der Widersetzung gar nicht vorhanden, und die andere ist eine Lüge; wo aber jene Personen unter dem Namen und in den Formen der Behörde, die sie repräsentiren, über ihre Competenz hinausgehen, liegt ein Act dieser Behörde äußerlich vor, und die Frage: ob dagegen die Nothwehr gestattet sey? bezieht sich nicht mehr auf die Absteckung des Gebiets der vorliegenden Untersuchung, sondern greift in diese selbst hinein, indem es sich darum handelt, ob eine

Behörde durch ein illegales — gegen die, ihre Zuständigkeit bestimmenden Gesetze verstoßendes — Verfahren ihrer Auctorität verlustig werde.

Diesen gewiß handgreiflichen Unterschied kann man auch durch die Bemerkung nicht verwischen wollen: es sey gleichgültig, ob die eine Behörde sich als die andere ausdrücklich bezeichne, oder durch ihre Handlungsweise, den Inhalt der von ihr ausgegangenen, nicht ihr sondern der andern zustehenden Verfügung. Denn es ist ja hier gerade die Rede davon, daß die Behörde, indem sie als diejenige, welche sie ist, eine Verfügung erläßt, ausdrücklich erklärt, daß sie als diese und nicht als eine andere handeln wolle, und damit gegen jede entgegengesetzte Auslegung protestirt. In einem mir bekannten Falle war zwischen den meisten Einwohnern einer Gemeinde auf der einen und dieser Gemeinde auf der andern Seite der Besitz und das Eigenthum der auf dem Gemeinde-Banne belegenen Waldungen streitig. Die mit der Oberaufsicht über die Gemeinde-Waldungen betraute Verwaltungsbehörde glaubte sich in diesem Streite für das Recht der Gemeinde entscheiden zu müssen, und beauftragte demnach die Forstbehörde, mit dem Holzanschlag für die Gemeinde wie in andern Fällen zu verfahren. Der Ausführung dieses Auftrags widersetzten sich die Privaten, und kam es hierüber zur Untersuchung. Daß die Verwaltungs-Behörde hier die Function des Civilgerichts übernommen und ihren Wirkungskreis auf eine exorbitante Weise überschritten hatte, war klar; aber eben so wenig war es zu läugnen, daß sie solches als die Administrativ-Behörde gethan, die sie bildenden Personen nicht zu einem Civilgerichte zusammengetreten waren und letztere daher aus *diesem* Grunde nicht als Privatpersonen betrachtet werden konnten. Dieser Fall stand also nicht an der Grenze unserer Frage, sondern *schon in* derselben.

2. Die physischen Personen, welche mit obrigkeitlichen Aemtern betraut sind, hören darum nicht auf, als Privatpersonen fort zu existiren und zu handeln. Damit dieselben daher als obrigkeitliche Personen und ihre Handlungen als Acte der Obrigkeit erscheinen, muß etwas geschehen, wodurch diese Erscheinung hervorgebracht wird.

Hieraus folgt:

a) wenn der Beamte in einer Handlungsweise begriffen ist, die ihrer Natur oder den Umständen nach — wie z. B. in dem von Arnold[24]) erzählten Falle, wo ein Landrichter, welcher dem Tanze der Bauern zusah, einem Burschen, der seine Mütze nicht abzog, diese mit dem Zusatze einiger Ohrfeigen abschlug; der Abzug am Lohne eines Bedienten von Seiten des Beamten wegen einer in dessen Dienste bewiesenen Nachlässigkeit; die Anmaßlichkeit einer obrigkeitlichen Person in einer Gesellschaft, woran sie als Privatperson Theil nimmt u. s. w. — nur als privatpersönliche sich darstellt: so kann natürlich von einer Widersetzung nicht die Rede seyn, weil eine obrigkeitliche Verfügung als Gegenstand derselben nicht vorhanden ist, oder, was dasselbe, als solche nicht erkannt werden kann.

b) Wo die Gesetze und Einrichtungen eines Landes den amtlichen Charakter der Person durch äußere Abzeichen[25]) oder den der Handlung durch allgemeine Formen bedingen, imgleichen soweit derselbe auf einen geographischen Bezirk oder eine bestimmte Zeit eingeschränkt ist, versteht es sich von selbst, daß die Person, welche ein obrigkeitliches Amt bekleidet und ihre Handlung ohne solche Zeichen und Formen und in einem andern Raume und zu einer andern Zeit

24) Archiv 1843. S. 397.

25) Welche bei denjenigen untern Beamten und öffentlichen Dienern, die unmittelbar mit dem Volke zu verkehren haben, sehr zweckmäßig erscheinen.

aus ihrer Eigenschaft als Privatperson oder Privat-Handlung nicht heraustreten können; sollte die darauf gerichtete Absicht auch ausdrücklich erklärt werden. Wo also z. B. ein Polizeidiener nicht fungiren kann, wenn er nicht mit seinem Abzeichen versehen ist, vermag er ohne dieses Zeichen seinen amtlichen Charakter gar nicht anzunehmen, sondern bleibt Privatperson. Wollte im Oldenburgischen ein Amtmann einen Pfandungsbefehl blos mit seinem Namen unterschreiben, ohne den Offizial-Titel des bestimmten Amts als der Behörde, unter deren Namen er handelt, vorzusetzen; so würde der Amtsbote gewiß Bedenken tragen, ihn zu vollziehen; wogegen in Baiern, wie Arnold meint, ein solcher Befehl, wenn der Beamte ihn lediglich mit Bleistift auf einen kleinen unförmlichen Streifen Papier geschrieben und noch überdies das Gerichtssiegel nicht beigefügt hätte, als Amtshandlung nicht erscheinen würde. In dieser Hinsicht ist nach den Einrichtungen und der Observanz in den verschiedenen Staaten die Auffassung verschieden.

Der Beamte, dessen Amtsthätigkeit auf einen bestimmten Bezirk eingeschränkt ist, kann, sobald er sich aus diesem Bezirke in einen andern entfernt hat, in letzterem aus seiner privatrechtlichen Eigenschaft gar nicht hervortreten und die amtliche annehmen, si excesserit privatus est [26]). Ebensowenig kann z. B. der Nachtwächter, wo dessen Dienst, wie im Fürstenthume Birkenfeld, auf die Stunden der Nacht von Abends 10 Uhr an eingeschränkt ist, vor dieser Stunde in die ihm zustehende polizeiliche Function eintreten, er mag es anfangen wie er will.

Aber auch hier muß man sich wieder hüten, diese Fälle auf eine die Frage verwirrende Weise gleich dahin zu

---

26) L. 3. D. de off. praesid. 1, 18.

generalisiren, daß man darnach jeden Beamten, der seine Competenz überschreitet, als Privatperson, oder jede von ihm nicht in der für ihre Gültigkeit vorgeschriebenen äußeren Form vorgenommene Handlung als einen Privatact ansieht. Es handelt sich hier vorläufig nur noch um die Exposition des einfachen Satzes, daß das Verbrechen der Widersetzung gegen die Obrigkeit nothwendig eine Obrigkeit voraussetze, und daß man sich dann dabei zunächst an die äußeren Bedingungen halten müsse, unter welchen eine Handlung nach der Person des Handelnden oder ihrer allgemeinen Bedeutung, wie solche aus Form und Inhalt sich ergibt, als eine obrigkeitliche überhaupt erscheinen könne. Denn wo eine obrigkeitliche Person oder ein obrigkeitlicher Act schon, weil diese Merkmale ihrer äußern Erscheinung fehlen, gar nicht als vorhanden angenommen werden können, kann die Frage nach dem Einflusse der Illegalität ihres Auftretens in Beziehung auf eine dagegen zulässige Widersetzung natürlich gar nicht aufgeworfen werden. Es soll hier also zunächst nur der Anfang der Frage bestimmt werden, welcher eben in jener Erscheinung liegt; und deshalb müssen wir auch hier noch den Einwand abweisen: der Grund, warum der Beamte als solcher ohne die vorgeschriebenen Zeichen seines Amts oder außerhalb seines Bezirks nicht handeln oder seine Handlung ohne die äußeren Merkmale ihres amtlichen Charakters als amtliche nicht angesehen werden könne, sey derselbe, aus welchem eine Obrigkeit auch sonst die objectiven Grenzen ihrer Competenz nicht überschreiten dürfe, oder ein obrigkeitlicher Act ohne die dafür vorgeschriebene Form unzulässig sey; er beruhe in beiden Fällen in einer Illegalität des Handelns. Denn allerdings sind die Bedingungen jener Erscheinung zumeist auch aus den Gesetzen zu beurtheilen; aber was ihre Abwesenheit hier wirkt, ist sofort klar; sie läßt uns mit unserer Untersuchung gar nicht aufkommen

und anfangen; was aber, wenn die äußere Erscheinung der Obrigkeit vorhanden ist, eine gesetzwidrige Handlungsweise derselben in der hier fraglichen Beziehung wirkt, ist nicht sofort klar und bildet eben darum den Gegenstand dieser Untersuchung. Insofern ist es also nicht einerlei, ob der Richter extra territorium oder sonst supra jurisdictionem suam Recht spricht; denn im ersten Falle kann seine Privatperson nie zum Richter werden; seine Reflexion, ob er hier Recht sprechen dürfe oder nicht, ist daher keine richterliche, sondern die einer Privatperson, aus der er gar nicht herauskommt; während, wenn er in seinem Territorium urtheilt, daß eine Sache zu seiner Competenz gehöre, die in der That nicht dahin gehört, er als Richter seine Befugnisse überschreitet. Ebenso ist es nach dieser Seite hin nicht einerlei, ob eine Handlung nach Form oder Inhalt als eine amtliche überall nicht aufgefaßt werden könne, oder ob ein Gerichtshof in feierlicher Sitzung den Beschuß zu einem unförmlichen gesetzlich so unzulässigen Acte zu Protokoll gefaßt hätte. — Vielleicht wird dieser Unterschied im endlichen Resultate wieder verschwinden und die Widersetzung auch im Falle der Illegalitäten der letztern Art als zulässig erkannt werden; aber wenn zwischen den Voraussetzungen, welche die äußere Erscheinung, das Vorhandenseyn des obrigkeitlichen Acts überhaupt und zwischen denen, welche die Gesetzlichkeit der obrigkeitlichen Handlungsweise bedingen, ein Unterschied besteht, so hat es mindestens ein dialektisches Interesse, denselben hier hervorzuheben, um den Grund, nach welchem, wo die ersteren Voraussetzungen fehlen, die Zulässigkeit der Nothwehr auf platter Hand liegt, nicht mit den Gründen durcheinander zu werfen, aus welchen auch bei Abwesenheit der letzteren die Widersetzung für erlaubt gehalten werden kann.

Wenden wir uns nunmehr zu der Frage selbst.

3. Eine Hauptquelle des Mißverständnisses in dieser Lehre scheint darin zu liegen, daß man zwischen dem Begriffe einer Staatsbehörde in seiner abstracten Sphäre und in seiner Verwirklichung durch die einzelnen Individuen, welche ihn im Staate äußerlich darstellen, nicht scharf genug unterscheidet. Daß die Behörden als Organe des Staatswillens diesen Staatswillen in Gemäßheit seiner eigenen Aussprüche, also so ausführen sollen, wie derselbe in und aus den Gesetzen erklärt wird und zu erklären ist; darüber kann kein Streit seyn. Hieraus folgert die eine Ansicht: daß also die Berechtigung der Behörde und somit die Pflicht des Gehorsams aufhöre, wo jene über die Gesetze hinausschreite; und die andere: daß eben weil die Behörden es seyn, welche den Staatswillen zu verwirklichen haben, auch nur ihnen das Urtheil über den Sinn und die Anwendbarkeit der Gesetze auf die concreten Fälle zustehen müsse und daher die Selbstentscheidung der von ihren Verfügungen betroffenen Einzelnen gänzlich unzulässig sey. Dieser letzteren Ansicht muß man unbedingt beitreten, wenn man den Begriff einer Behörde als des Organs des Staatswillens in seiner Allgemeinheit festhält; selbst auf die Gefahr hin, dem übel berufenen blinden Gehorsam das Wort zu reden. Die Pflicht des Gehorsams gegen die Obrigkeit in diesem Sinne davon abhängig zu machen, daß die Verfügung der letzteren sich auch wirklich mit den Gesetzen in Uebereinstimmung befinde, hieße gerade so viel, als die Appellation nur unter der Bedingung gestatten, daß durch die sent. a qua dem Appellanten ein wirkliches Unrecht zugefügt worden; oder in einem Collegio die Majorität nur entscheiden zu lassen, wenn sie Recht habe. Den s. g. blinden Gehorsam anbelangend, so fragt es sich eben, auf Wessen Seite die Blindheit ist; da ja eine Widersetzung ins Blinde hinein eben so wenig behauptet wer-

den will. Blind ist nur derjenige Gehorsam zu nennen, dem das Selbst- und Lautdenken untersagt, dem, in der Zumuthung nur die Behörden als die unfehlbaren und ausschließlichen Depositare aller Vernünftigkeit auf Erden zu betrachten, die natürliche Freiheit verkümmert wird, sein Recht, wie er es auffaßt, aus allen Kräften seiner Intelligenz der Obrigkeit ins Gesicht offen und ungehindert zu erklären und auszuführen: eine Freiheit um so größer ist, wo der Einzelne in dieser Opposition der Staatsauctorität nicht isolirt gegenübersteht, sondern auch in der Publicität das Mittel besitzt, eine ihm beistimmende Kritik der öffentlichen Meinung zu gewinnen. Aber der Gedanke, daß, nachdem dieser Freiheit ein Genüge geschehen, die hier doch nothwendige endliche Entscheidung der Staatsauctorität nicht unbedingt zustehe, würde entweder den Staat auf den Kopf stellen oder zum Despotismus, und in diesem gerade zu dem eigentlichen blinden Gehorsam hinführen, jedenfalls also diese freie Opposition geradezu vernichten, welche nur in der Voraussetzung und durch die allseitige Ueberzeugung, daß letzlich der Staatsauctorität unbedingt gehorcht werde, erst erstehen kann. Es ist daher ein verkehrter Liberalismus, wenn man dieser Opposition des Laut- und Selbstdenkens, welche, der dabei unterlaufenden Irrthümer und Leidenschaften ungeachtet, überall, im Staatsleben wie in der Wissenschaft einen Haupthebel zur Förderung der Wahrheit und des Fortschrittes bildet, das Wort redet; und gleichwohl den unbedingten Gehorsam gegen die äußeren Auctoritäten in Zweifel zieht, zu welchem sie vielmehr in nothwendiger Wechselwirkung [27]) steht und der die

27) Die Monster-Meetings sind nicht weniger ein großartiges Beispiel des Gehorsams wie einer nahe an Aufruhr herstreifenden Volksopposition.

alleinige Basis ihrer unbedenklichen[28]) Zulassung abgibt.

Der Satz, daß die Unterthanen verpflichtet sind, der Staatsgewalt in der Person jeder Obrigkeit Gehorsam zu leisten, kann also, in solcher Allgemeinheit gedacht, keine Ausnahme leiden, auf welche die Zulässigkeit der Widersetzung zu bauen wäre; er liegt ebenso in den Begriffen, wie daß in einem Rechtsstreite nicht dem Kläger oder dem Beklagten, sondern dem Richter die Entscheidung zustehe.

Es kann sich daher der ganze Streit nur um die Frage drehen: ob und durch welche Handlungen diejenigen physischen Personen, welche ihrer äußern Erscheinung nach die Obrigkeit darstellen, diesen Begriff der Obrigkeit gleichwohl der Wahrheit und dem Rechte nach dergestalt in sich vernichten können, daß die Widersetzung dann nicht mehr gegen die Obrigkeit — welcher unbedingt zu gehorchen ist — sondern in der That gegen deren falsche Träger als Privatpersonen sich richtet. Und gegen diese Fragestellung

28) Diese Unbedenklichkeit kann nur da in Zweifel gezogen werden, wo der Staat diese Opposition zugleich mit einer ihrer Natur fremden äußern Auctorität bekleidet und so diese äußere Auctorität derselben selbst gegen seine eigene richtet, aus welcher sie als solche doch emanirt: ein Widerspruch, welcher z. B. den berathenden Stände-Versammlungen zum Grunde liegt, deren Opposition darum auch auf die Dauer am schwersten ausgehalten werden kann. In England ist die Opposition, die parlamentarische wie die außerparlamentarische, mit keinerlei äußern Auctorität umgeben, sondern bildet den reinen Gegensatz derselben, und gelangt sie im Parlament zur Majorität, so hört sie dadurch auf, Opposition zu seyn, und wird zu einem integrirenden Elemente des souverainen Willens selbst; und Peel macht Cobden sein Compliment. Aber die perennirende Opposition einer vom Staate als berathende Auctorität anzuerkennenden Vertretung mehrer Millionen wirft mindestens einen Schatten ab, den der Landtagsabschied niemals ganz verwischen kann, sondern — wenigstens in den Augen der siegreichen und doch besiegten Majorität (victrix Diis placuit, sed victa Catoni) und der mit ihr sympathisirenden Masse der Bevölkerung — nur noch immer mehr verdüstert. Daher lieber gar keine Stände als berathende.

läßt sich dann allerdings nicht mehr einwenden, daß hierüber auch immer wieder nur diese äußeren Repräsentanten der Obrigkeit, und nicht der einzelne Unterthan, zu entscheiden haben. Hier hat es mit der behaupteten Unzulässigkeit der Selbstentscheidung ein Ende, welche dem einzelnen Unterthan ja nur der Obrigkeit gegenüber nicht zusteht; hat diese aber in jenen falschen Repräsentanten dazuseyn aufgehört, so kann den letzteren auch darüber, ob dieses der Fall sey, keine Entscheidung mehr zukommen.

Nur indem man die obigen beiden sich entgegenstehenden Ansichten auf dieses Maß der in jeder enthaltenen Wahrheit reducirt, läßt sich der anscheinende Widerspruch lösen und zu einer Klarheit in dieser Lehre gelangen, die vergebens erstrebt wird, so lange man den Begriff der obrigkeitlichen Auctorität in den einzelnen Individuen, die sie äußerlich tragen, festhält, und dann gegen diese Auctorität die Nothwehr und Widersetzung bald zuläßt bald verwirft.

Davon ausgehend, daß nicht jede den Gesetzen nicht durchaus entsprechende Handlungsweise dieser Auctorität zum Ungehorsam und zur Widersetzung berechtige, daß aber doch dieses Recht da, wo dieselbe ein gewisses Maß überschreite, nicht abzuweisen sey; gelangt man dann, um dieses Maß zu finden, sofort zu Unterscheidungen, die auf dem Felde des legalen procedere allerdings ihre Bedeutung haben; aber von denen man nicht einsieht, wie sie hier, wo dieses legale procedere erschöpft ist, vielmehr es sich eben darum handelt, eine Maßregel der öffentlichen Behörde mit Gewalt niederzuschlagen, am Platze seyn können. So ist zwischen der sententia nulla und iniqua ein bedeutender Unterschied, wenn es darauf ankommt, wie ich mein durch die eine oder die andere verletztes Recht vor dem Richter wieder zur Anerkennung zu bringen habe. Aber wenn Zachariä a. a. O. S. 364

meint, es verstehe sich doch wohl von selbst, daß für das Nichtige und Unverbindliche auch keine Pflicht des Gehorsams begründet seyn könne, und daß wohl auch die Römer nicht angestanden haben würden, den Satz vim vi repellere zur Anwendung zu bringen, wenn das Nichtige und Unverbindliche dennoch mit Gewalt durchgesetzt werden sollte; so scheint diese Ansicht zwar auf den ersten Blick Alles für sich zu haben; ist in der That aber für unsere Frage ganz unfruchtbar. Denn der Begriff der Nichtigkeit obrigkeitlicher Handlungen, wenn man ihn nicht im processualischen Sinne, im Gegensatze der sententiae iniquae und der sententiae quae sine appellatione rescinduntur nehmen will, muß entweder auf jede gesetzwidrige rechtsverletzende Verfügung bezogen werden [29]), oder hat gar keine Bedeutung: wird aber die Nichtigkeit in diesem weiteren Sinne, worin jedes Unrecht nichtig ist, genommen, so enthält jener Ausspruch nur die Behauptung, um deren Begründung es sich hier eben noch zu handeln hat: daß nämlich gegen gesetzwidrige Maßregeln der öffentlichen Gewalt die Nothwehr zulässig sey. Nimmt man die Nichtigkeit aber in jenem processualischen Sinne, so gehört sie gar nicht hieher; denn daraus, daß der von einer sententia nulla Betroffene als Kläger der exceptio rei jud. die replica nullitatis, als Beklagter

29) „Im Zusammenhange natürlicher Grundsätze gibt es keine Beschwerde, welche sich in Rechtsfolgen von Nullität auszeichnete; jede rechtsverletzende Handlung des Richters ist wegen ihres Widerspruchs mit dem Gesetze ungültig, alles ist Nullität, und die Vernunft verwirft allen Unterschied, den Manche darin finden wollen, ob die Rechtsverletzung im Laufe der gerichtlichen Verhandlung oder in der Entscheidung — ob durch einen Fehler in der Aufstellung eines Rechtssatzes oder in der Subsumtion des Factums unter das Gesetz oder in Ziehung des Schlusses begangen wird. Denn wer wollte aus der Natur der Sache beweisen, daß der Richter zu allem diesen nicht gleich stark verbunden sey?" Gönner Handb. d. Processes Bd. III. 64. §. 10.

der actio judicati die exceptio nullitatis opponiren und insbesondere endlich die querela null. ins. anstellen, kurz: daß eine solche Sentenz ohne Appellation von Neuem zur gerichtlichen Verhandlung gebracht werden kann (sine appellatione causa denuo induci potest — — L. 19. de appell. et rel. 49, 1.); daraus folgt noch nicht, daß dieselbe eben sowohl ohne Weiteres auch mit dem Knittel todt geschlagen werden dürfe. Mit dieser Unterscheidung kommt man also auf dem Felde, auf welchem wir uns hier zu bewegen haben, um keinen Schritt weiter [30]).

Eine andere Unterscheidung, welche in dieser Lehre eine bedeutendere Rolle spielt und auch in einige neuere Strafgesetzbücher übergegangen ist, bezieht sich auf die Zuständigkeit. Ihr liegt wohl als Veranlassung der allerdings richtige Gedanke zum Grunde, daß der Gehorsam durch Unfehlbarkeit der Behörden nicht bedingt seyn könne, sondern die Widersetzung erst da zulässig erscheine, wo der Beamte eine obrigkeitliche Auctorität sich anmaße, die ihm gar nicht übertragen sey, er also in der Wirklichkeit nicht als Repräsentant der Obrigkeit, sondern als Privatperson handle; und daraus erklärt es sich auch wohl, warum sie so vielen Eingang findet. Allein in der That kann sie als der adäquate Ausdruck dieses Gedankens nicht gelten, so weit man auch die Grenzen des „Wirkungskreises" abstecken mag, über welche hinaus der Beamte zur Privatperson werden soll, um nicht in die Verlegenheit zu kommen, die exceptio fori non compet. toto die von Privatpersonen für begründet erklären zu lassen.

---

30) Auch wird dieselbe von Zachariä nachher wieder verlassen, indem er es S. 375 als wesentliches Erforderniß der Nothwehr erachtet, daß die Widerrechtlichkeit nicht blos objectiv, sondern auch subjectiv vorliege; was sich von der sententia nulla, bei der die Nichtigkeit doch schon allein den ausreichenden Grund zur Widersetzung abgeben müßte, nicht immer behaupten läßt.

Auf den ersten Blick scheint es freilich, als mache es einen großen Unterschied, ob eine Behörde innerhalb des ihr zugewiesenen Geschäftskreises, wenn gleich in concreto incompetenter Weise eine Verfügung erlasse, z. B. das in der vorliegenden Civilsache nicht competente Civilgericht; oder ob die Behörde die ihr nur immer mögliche Competenz-Sphäre selbst ganz überschreite, z. B. das Landgericht eine Schenkwirthschaft concessionire, das Consistorium die Jagdpolizei handhabe; denn wo die Behörde in dieser letzteren Weise aus ihrem Kreise als Behörde in der That ganz heraustrete, da könne die obrigkeitliche Person nicht mehr als Obrigkeit, sondern als Privatperson in Betracht kommen.

Allein bei näherer Betrachtung dürfte dieser Unterschied für unsere Frage indifferent seyn.

Die Bedeutung desselben müßte entweder in dem Acte der Hervorbringung der den Geschäftskreis überschreitenden Verfügung oder in dieser selbst, dem Producte jener ersteren Thätigkeit hervortreten.

Angenommen nun, die Mitglieder einer Behörde, z. B. eines Landgerichts, treten unter den äußeren Bedingnngen, unter welchen sie dieses Gericht bilden, zu demselben zusammen und machen es zum Gegenstande ihrer Reflexion: a. ob die vor sie gebrachte Sache überhaupt die Merkmale einer streitigen Rechtssache an sich trage, b. ob, wenn dies der Fall, die Parteien oder das Object des Streits zu denjenigen Personen oder Gegenständen gehören, auf welche die Jurisdiction der ordentlichen Civilgerichte des Landes überhaupt sich zu erstrecken, oder ob nicht vielmehr hier das Militairgericht, der Lehnshof, das Handelsgericht einzutreten habe; c. ob endlich nach den über die Vertheilung dieser Personen oder Gegenstände unter die ordentlichen Civilgerichte des Landes bestehenden Normen die vorliegende concrete Sache diesem bestimmten Ge-

richte zufalle: so wird man nicht behaupten wollen, daß die Berathung und Beschlußnahme ad a und b. weniger als ad c. zu der allgemeinen Competenz-Sphäre dieses Gerichts gehöre. Die Gesetze wenden sich nicht von selbst an, sondern bedürfen dazu menschlicher Organe; und dies gilt sowohl von dem Ressort- und Competenz-Gesetzen, wie von allen übrigen. Der Satz, daß jede Behörde competent sey, über ihre Competenz zu urtheilen, oder die Ermessung ihres Geschäftskreises eben zu ihrem Geschäftskreise nothwendig mitgehöre, gilt ganz allgemein; und indem die Behörde dieses nun thut, in dem Acte der Hervorbringung ihrer Competenz-Ueberschreitung, handelt sie also noch als Behörde und nicht als Privatperson.

Das Ergebniß dieser competenzmäßigen Thätigkeit ist nun zwar, sofern es unrichtig ausfällt, also das Gericht in einer Sache ein Urtheil fällt, welches ihm darin nicht zustand, im processualischen Sinne nichtig; aber wiederum ohne Unterschied, ob diese Unrichtigkeit in einer verkehrten Subsumtion ad a, b, oder ad c. ihren Grund hat, weil überhaupt jede sent. non a suo judice data [31]) an einer Nullität leidet [32]).

Es ist daher erstens nicht einzusehen, wie darin ein Fortschritt in dieser Lehre liegen könne, daß Manche, wie z. B. auch das Sächsische Strafgesetzbuch Art. 103, statt einfach die Widersetzung gegen jede in concreto unzuständige Obrigkeit zuzulassen, dazu erfordern, daß die Behörde außer ihrem Wirkungskreise gehandelt habe; wie es also nicht darauf ankommen solle, ob der Beamte

31) L. 4. Cod. si non a compet. jud. 7, 48.

32) Von den Bestimmungen einzelner particulärer Gesetzgebungen abgesehen, welche hier ratione personae und objecti unterscheiden, z. B. das Oldenburg. Strafgesetzb. Art. 506. Neue Best. Vergl. auch Henke Handbuch IV. S. 244. und Mittermaier Strafverf. I. §. 57.

zu dieser vorliegenden Handlung, warum es sich eben handelt und in Ansehung deren man ihm eben seine Befugniß bestreitet, befugt sey; sondern auf die Frage, ob er überhaupt Amtshandlungen der fraglichen Art vornehmen dürfe? eine Frage, die in jedem vorliegenden Falle doch nur in sofern ein praktisches Interesse haben kann, als ihre Beantwortung für die Competenz oder Incompetenz in concreto einen Gewinn abwirft, worauf es letztlich, im praktischen Endresultate, doch immer nur allein ankommen kann. Denn war der Beamte zu dieser Handlung nicht berechtigt, so muß es gleichgültig seyn, ob die formale logische Operation, die ihn zu diesem Unrechte führte, nach oben oder nach unten hin ein Loch hatte. Es kann daher keinen Unterschied machen, ob der Richter eine von der Verwaltnng zu regulirende Abwässerungs-Angelegenheit zu seiner Jurisdiction zieht, oder ob er den Titius, welcher zufälliger Weise in seinem Bezirke spatzieren geht, als foram domicilii zu einer Leistung verurtheilt.

Will man also die Widersetzung da für zulässig erklären, wo die Behörde ihren Wirkungskreis überschreitet, so muß man auch jedem Beklagten, dem die exceptio fori incompetentis verworfen und dessen Appellation dagegen in den dazu geeigneten Fällen der Suspensiv-Effect abgeschlagen wird, dasselbe Recht zugestehen.

Aber man muß zweitens es auch gänzlich aufgeben, dem Unterschiede zwischen der gesetzwidrigen Verfügung der competenten Obrigkeit und der gesetzmäßigen Anordnung der incompetenten Behörde für die vorliegende Untersuchung einen fruchtbaren Gesichtspunkt abzugewinnen; und es ist daher ganz consequent, wenn Köstlin [33])

---

33) Neue Revision S. 724.

eben sowohl gegen die eine wie gegen die andere die Widersetzung zuläßt.

Denn daß die letztere ohne Weiteres, die erstere nur unter besonderen Voraussetzungen nichtig ist, kann, wie vorher bemerkt, uns hier, wo wir nicht ein Kapitel aus dem Processe, sondern die Zulässigkeit des durchaus antiprocessualischen Rechtsmittels der Nothwehr gegen Maßregeln der öffentlichen Gewalt abhandeln, gar nicht interessiren: und in einem andern als diesem processualischen Sinne, der zudem auch auf die Verfügungen der Administrativ-Behörden keine Anwendung leiden würde, kann man offenbar nicht behaupten, daß eine Behörde stärker verpflichtet wäre, die ihre Zuständigkeit bestimmenden Gesetze zu befolgen, als die übrigen, welche ihr innerhalb ihrer Zuständigkeit ihr Verfahren in formeller und materieller Hinsicht vorschreiben; das Unrecht ist abstract genommen ganz dasselbe, ob sie sich hier oder dort dem allgemeinen Willen entgegensetzt. Der Begriff der Competenz tritt nach dieser Seite hin in seinem Unterschiede nur da hervor, wo eine competente und eine incompetente Behörde, beide materiell gesetzmäßig verfahren, in sofern als dann von einer Widersetzung gegen die erstere gar nicht die Rede seyn kann. Aber wenn Competenz-Ueberschreitung die Nothwehr begründen soll, kann sie es nur, weil sie Unrecht ist; Unrecht ist aber auch die materielle gesetzwidrige Verfügung der competenten Obrigkeit. Die incompetente Behörde ist zu gar keiner, die competente zu keiner gesetzwidrigen Verfügung befugt. Soll also aus dieser fehlenden Autorisation folgen, daß der Beamte, wo er seine Competenz überschreitet, zur Privatperson werde; so muß von dem Falle, wo er innerhalb seiner Competenz gesetzwidrig handelt, ganz dasselbe gelten. Sagt man aber, *daß der* competenten Behörde, eben weil sie competent sey, *die Beurtheilung* der Gesetzmäßigkeit innerhalb ihrer Com-

petenz allein zustehe, und daher die Selbstentscheidung des Unterthanen auszuschließen sey; so läßt sich erwiedern, daß jeder Behörde auch die Beurtheilung ihrer Competenz eben sowohl zustehe, und gilt hier also wieder ganz dasselbe. Nur muß man natürlich daran festhalten, daß hier der Ausgangspunkt der die Competenz überschreitenden oder materiell gesetzwidrigen Verfügung immer in einer ihrer äußern Erscheinung nach unbestreitbaren Behörde und nicht von vorn herein in einer Privatperson liege, wie dies allerdings, wie oben bemerkt, bei dem in einem fremden Gerichtsbezirke handelnden Richter der Fall ist.

Bis jetzt sind wir also noch soweit, wie wir waren.

In der Form endlich können wir auch keinen Anhaltspunkt für unsere Frage finden. Daß die Handlung, bevor die Frage nach der Zulässigkeit einer Widersetzung wider dieselbe aufgeworfen werden kann, eine solche Form an sich tragen müsse, wodurch sie überhaupt als obrigkeitlicher Act ihrer äußern Erscheinung nach erkannt werden könne, wird, wie oben bemerkt, hier vorausgesetzt. Es fragt sich hier nun, ob die Vernachlässigung der wesentlichen Form einer bestimmten obrigkeitlichen Handlung eine Nothwehr begründen könne, welche sich bei einer materiellen Rechtswidrigkeit derselben nicht eben sowohl annehmen lasse; so daß also für die Absteckung der Grenze in der Sphäre des ungesetzlichen obrigkeitlichen Handelns, mit deren Ueberschreitung die Zulässigkeit der Widersetzung beginne, die Form im Gegensatze der materiellen Rechtswidrigkeit den festen Anhaltspunkt darbiete.

Von den Formen des gerichtlichen Verfahrens sind einige als Mittel zu einer nur einigermaßen beruhigenden Auffindung des materiellen Rechts so wesentlich oder für so wesentlich erklärt, daß ihre Vernachlässigung Nichtigkeit mit sich führt; sie sind in dieser ihrer Beziehung auf den durch sie zu erreichenden Zweck also von denjenigen,

die zur Förderung dieses Zwecks ebenfalls beitragen, aber keine wesentliche Bedingung desselben bilden, qualitativ verschieden; so schwierig wegen des zwischen beiden liegenden zweifelhaften Grenzgebiets es auch seyn mag, alle processualische Vorschriften — von der Bestimmung des Baierischen und Oldenburgischen Strafgesetzbuchs an, daß bei der Vernehmung des Angeschuldigten die Fragen auf der einen und die Antworten auf der andern Seitenhälfte des Bogens niedergeschrieben werden sollen, bis zu dem: audiatur et altera pars — nach diesen beiden Klassen bestimmt abzutheilen.

In materieller Hinsicht läßt sich aber, wenn nicht auf etwas Unmögliches erkannt ist, eine solche Grenze kaum ziehen; das Erkenntniß entspricht entweder den Gesetzen, oder es entspricht ihnen nicht; denn daß in dem einen Falle das Unrecht greller hervortritt (contra jus clarum in thesi) als in dem andern, begründet nur einen Unterschied in seiner Erkenntniß, nicht aber in ihm selbst. Daher ist die Frage, ob und unter welchen Voraussetzungen ein Erkenntniß wegen seines Inhalts als nichtig angefochten werden könne, bestrittener, als in wiefern dieses wegen des zu seiner Gewinnung beobachteten Verfahrens statthaft sey; und es würde gar nicht so ungereimt seyn, wie Gönner[84]) meint, die unheilbare Nullität sogar blos auf die Substantialien des Processes zu beschränken. Denn wenn der Richter gar nicht einmal die Mittel anwendet, die zur Findung des Urtheils absolut nothwendig sind, und gleichwohl ein, sonach in seiner Geburt schon rechtswidriges Urtheil spricht; so ist die aus einem solchen Urtheile hervorgehende verbindliche Kraft für den Verurtheilten, daß er, auf seiner Seite die Form beobachtend, dagegen intra decendium appellire,

---

84) Handbuch III, 64. §. 22.

nicht für größer zu halten, als bei einem formell ordnungsmäßigen, aber materiell rechtswidrigen Urtheile, dessen materielle Rechtswidrigkeit aber nun einmal allein die Nullitäts-Querel nicht begründet, ohne gleichwohl in dieser Rechtswidrigkeit diejenigen Anhaltspunkte für die Unterscheidung seiner Nullität von seiner Iniquität darzubieten, die in procedendo für die Erkennbarkeit wesentlicher und nicht wesentlicher Förmlichkeiten angetroffen werden.

Allein dieser ganze Unterschied zwischen Form und Inhalt, der wieder auf den processualischen Gegensatz zwischen Nullität und Iniquität hinausläuft, ist eben darum, wie oben bemerkt, für unsere Frage von keiner Anwendung.

Abgesehen von diesem Unterschiede ist es aber gewiß nicht einzusehen, warum ein Unrecht, das die Behörde in der Form begeht, eher zur Widersetzung berechtigen sollte, als was sie durch den Inhalt ihrer Verfügung selbst zufügt.

Freilich wenn man die Nothwehr gegen jede gesetzwidrige Handlung der Obrigkeit ohne nähere Darlegung und Unterscheidung zuläßt, und es sich blos darum handelt, woran diese Rechtswidrigkeit mit Sicherheit erkannt werden könne; so kann man mit Welker[35]) die Verletzung der äußern Form als ein solches Kennzeichen aufstellen, aber dann deren eben sowohl auch in dem Inhalte aufsuchen, wie z. B. eines Urtheils, worin auf eine im Gesetzbuche gar nicht zulässige Strafart oder eine das gesetzliche Maß der Strafart überschreitende Strafe erkannt wird.

35) Im Staatslexicon. Nothwehr IV.

Und unter diesen Gesichtspunkt können auch nur die von Zachariä a. a. O. S. 369 u. ff. gegebenen Unterscheidungen aufgefaßt werden. Denn, wenn derselbe die Fälle unterscheidet, 1) wo der Beamte eine Handlung vornimmt, die überhaupt nie in den Befugnissen obrigkeitlicher Personen enthalten seyn könne; 2) wo es der Handlung an der für ihre Zulässigkeit gesetzlich vorgeschriebenen Form fehle, und 3) wo die Vollziehungsmaßregel ein materielles oder förmliches Unrecht enthalte; hier ad 3. aber schließlich generell als Bedingung der Nothwehr erfordert, daß der Beamte nicht blos gesetzwidrig, sondern auch dolose, oder doch mit einem gewissen Maße von culpa gehandelt habe: so bedurfte es für die Anwendung dieser letzteren durchgreifenden principiellen Bestimmung keiner Classification der unendlichen Fälle, oder auch nur irgend welcher Situationen, in denen ein solches doloses oder schuldvolles Handeln anzunehmen ist; und was sonst die ersteren beiden Unterscheidungen für das ad 3. aufgestellte Princip ergeben sollen, oder wie sich ein anderes coordinirtes für die untersuchte Frage aus ihnen entwickelt, wird nicht klar. 4) Wenn die Pflicht des Untergebenen, der Obrigkeit zu gehorchen, in den Begriffen liegt, und es also, wie gesagt, nur darauf ankommen kann, ob und durch welche Handlungsweise die Repräsentanten der Obrigkeit den gestern in ihren verwirklichten Begriff der Obrigkeit heute in sich vernichtend, nun als Privatpersonen zum Gegenstande der Widersetzung werden können; so läßt sich diese Frage dem Bisherigen nach mit Unterscheidungen in der objectiven Rechtswidrigkeit der Handlung nicht beantworten. Es fragt sich also nur noch, ob es denn ohne diese möglich, also die Widersetzung gegen jede gesetzwidrige obrigkeitliche Anordnung oder gegen keine zulässig sey; oder aber, ob wir nicht vielmehr die Betrachtung der obrigkeitlichen Anordnung als das objective Pro-

duct ihres Urhebers ganz aufgeben und allein auf ihr Princip in dem Willen dieses letzteren recurriren müssen, um zum Ziele zu kommen.

Die Antwort auf beide Fragen dürfte sich aus dem Folgenden ergeben.

Mag man den Staat aus dem subjectiven Idealismus begründen, oder ihn als objective sittliche Substanz auffassen; darüber, daß sein ganzer Organismus zunächst und vor Allem für die Geltung des Rechts und die Vernichtung des Unrechts, als die conditio sine qua aller übrigen von und im Staate zu erstrebenden Zwecke, sich zu bewegen habe, kann kein vernünftiger Streit seyn. Aber wie auch dieser Organismus beschaffen sey, der ihn beherrschende allgemeine Wille, sey es nun der objective im Hegel'schen Sinne, oder der gemeinsame von Fichte, kann sich nur zur Erscheinung bringen, erklären und ausführen durch wollende Einzelwesen — Menschen. Von diesen hat aber jeder wieder seinen besondern Willen, der mit dem allgemeinen identisch oder, wie man will, ihm untergeordnet seyn soll, der aber, eben weil er es soll, sich auch dem allgemeinen Willen entgegensetzen kann, und zwar

a) indem er sich in diesem Gegensatze weiß, oder

b) nicht weiß, sondern entweder über diesen Willen selbst, die thatsächlichen Bestimmungen des concreten Falles seiner Anwendung, oder über das logische Verhältniß zwischen beiden im Irrthum befangen ist.

Muß nun die höchste Staatsgewalt ihre Behörden aus solchen besonderen Willen constituiren, so kann sie zwar fordern, und Jeder kann sich dazu verpflichten, in dem Falle ad a. sich niemals zu befinden; aber daß keiner dieser Menschen sich jemals irre, kann sie nicht fordern und

kein Vernünftiger kann sich dazu verbinden, sondern nur: daß der Irrthum vermieden werde, der bei pflichtmäßiger Aufmerksamkeit vermieden werden konnte und, den nicht vermieden zu haben, daher zur Schuld angerechnet werden muß. Denn Irren ist menschlich, und auf Unfehlbarkeit ist der Diensteid der Staatsdiener nicht gerichtet.

Hieraus folgt, daß der Staatsdiener, welcher wissentlich oder sonst aus einer gesetzwidrigen — dem Staatswillen widerstrebenden — Bestimmung seines Willens eine materiell ungerechte oder ihm nicht zustehende Verfügung durchsetzen will, in diesem Augenblicke seine Stelle im Staatsorganismus verläßt, und daher jeder durch solche Verfügung in seinem Rechte Verletzte oder Bedrohte ihn wie jeden andern Privaten behandle, und so auch das Recht der Nothwehr, wo deren sonstige Voraussetzungen vorhanden sind, wider ihn zur Anwendung bringen könne. Es wäre Unsinn, anzunehmen, der Staat wolle ein solches Individuum als sein Organ noch schützen, wo es dasjenige, was es wesentlich zu einem solchen Organe macht, seinen Willen dazu, aufgibt.

Aber es folgt mit nicht geringerer Nothwendigkeit, daß der Staatsdiener da, wo er in gutem Glauben und nach seiner Ueberzeugung verfährt, in seiner Pflicht und darum auch in seinem Rechte handelt.

Denn daß derselbe dann, von welcher objectiven Beschaffenheit auch seine Handlung seyn möge, in der Hervorbringung dieser Handlung, in seiner Causalität dazu, sich noch in der Einheit mit der höchsten Staatsgewalt befinde, ist zuvörderst gar nicht zu bestreiten; da ja diese letztere, ohne in Unsinn zu verfallen, nicht verlangen kann, daß ihr Organ, welches nicht als unbewußtes Werkzeug, sondern als besonderer wissender Wille ihr Organ ist, den allgemeinen Willen so ausführe, wie er von Andern, *nicht* von ihm, gewußt wird, sondern nur wie er, der

ausführende Wille ihn erkannt und sich in Einheit mit ihm meint.

Aber, kann man einwenden, wenn diese Einheit soweit auch erhalten bleibt, so wird sie doch nach der Seite hin aufgehoben, nach welcher die hervorgebrachte und daseyende gesetzwidige Handlung als objectives Unrecht sich darstellt — und wie kann der Staat nun dieses schützen und durchsetzen wollen, indem er die Nothwehr, wo sie das einzige Vertheidigungsmittel dagegen bildet, nicht zuläßt? Er kann das doch nur, wenn er dieses Unrecht für Recht nimmt — wie kann aber das Unrecht, welches in der den allgemeinen Willen nicht entsprechenden äußern Handlung doch einmal liegt, sich in Recht verwandeln; oder wie kann die Behörde recht und unrecht zugleich handeln?

Man sieht leicht, es ist die Autonomie zwischen dem wirklichen und förmlichen Rechte, warum es sich hier eigentlich handelt.

Das, was wirklich Recht ist, soll auch als Recht gelten; aber es kann nur erst dann und so gelten, wann und wie es dafür erkannt wird: und um zu dieser Erkenntniß zu gelangen, muß das wirkliche Recht im Staate drei Stadien durchlaufen, in welchen seine dafür nothwendige äußere Formation zu Stande kommt

Wollte man jedem Einzelnen diese Erkenntniß mit der Wirkung überlassen, daß darnach dasjenige, was der Eine so und der Andere anders für Recht hielte, gegen Jeden und Alle gelten, d. h. mit dem im Rechtsbegriffe liegenden Zwange zur Ausführung gebracht werden sollte; so würde man einen Widerspruch statuiren, der nur vom Throne des Faustrechts aus wieder zur Einheit vermittelt werden könnte. Es bedarf also erstens zur Erkenntniß des Rechts, welches als allgemeines zu gelten hat, einer äußern Auctorität, wodurch es positiv wird: und hier

sind nun schon nicht blos die Anhänger des alten Naturrechts, sondern auch die Idealitäts-Philosophen einig, daß das, was Gesetz ist, seinem Inhalte nach von dem verschieden seyn kann, was an sich Recht ist [36]).

Zweitens aber kann man auch wieder über die Anwendbarkeit dieses positiven Gesetzes auf die einzelnen concreten Fälle nicht jedem Einzelnen die Beurtheilung überlassen; sondern es bedarf für diese Erkenntniß und die in Gemäßheit derselben durchzusetzende Geltung des Rechts in concreto ebenfalls einer Auctorität, der des Richteramts. „Vor den Gerichten, sagt Hegel [37]), erhält das Recht die Bestimmung, ein erweisbares seyn zu müssen", und bemerkt weiter, daß die dazu erforderlichen processualischen Schritte der Parteien, welche ebenfalls Rechte seyn und deren Gang somit ebenfalls gesetzlich bestimmt seyn müsse, auch zu einem Uebel und selbst Werkzeuge des Unrechts werden können. Allerdings! — schon der Zeit wegen, die sie erfordern. Wenn mein Gläubiger mir meine heute fällige Forderung, wovon ich für die nächsten Tage leben muß, nicht bezahlt, was doch mein Recht ist — was thut der Staat? Er läßt mich verhungern, denn im günstigsten Falle gibt er meinem Gegner in einem mandatum sine clausula die Befugniß, mich nicht schon heute, sondern erst nach 8 Tagen zu bezahlen.

Aber nicht blos diese äußeren Formen sind es, die das Recht durchzumachen hat, um zu seiner mittelbaren Anerkennung zu gelangen; sondern diese Formen selbst mit dem durch sie gehenden Rechte müssen letztlich drittens auch noch diejenigen nicht positiv gesetzten Formen des discursiven Erkennens durchgehen, unter welchen das Recht in denjenigen Individuen vermittelt wird, welche der Staat

36) Hegel Grundlinien der Philosophie des Rechts §. 212.

37) a. a. O. §. 222. 223.

als seine Organe für dessen unmittelbarste Anwendung auf den einzelnen Fall bestellt hat. — Der Staat muß also das Recht entweder so als Recht anerkennen, wie es durch diese media vermittelt und concret zu Tage gefördert wird, oder er muß auf alles Recht verzichten. Er kann zwar, um es zu sichten, die Stufen in dem Organismus seiner Behörden-Hierarchie vervielfältigen; aber auch in der höchsten Instanz urtheilen immer nur Menschen, deren Ausspruch dann doch am Ende als förmliches Recht gelten muß, mag er nun mit dem materiellen übereinstimmen oder nicht. — Daß die Möglichkeit der Verschiedenheit des positiven Rechts von dem Rechte an sich kein Grund seyn kann, den positiven Rechts- und Proceßgesetzen ihre Geltung zu versagen, bezweifelt meines Wissens Niemand [38]); warum will man nun den Einfluß des Zufalls, des Irrthums und anderer Besonderheit da nicht gelten lassen, wo das positive Recht in dem Urtheilsspruche in seiner weiteren concretesten Weise ins Daseyn tritt? Die Unabweisbarkeit dieses Einflusses ist zwar hier so wie dort, und wie so manche andere Unvollkommenheit auf Erden zu beklagen; „aber demohngeachtet ist es besser, sagt Justus Möser [39]), daß ein einzelner Mann traure, als daß man

---

38) Mit Ausnahme jedoch des Regierungs-Präsidenten Staatsrath Fischer in Birkenfeld, welcher in seinem Buche „Des deutschen Volkes Noth und Klage" S. 130 der Meinung ist, es gäbe, wenn einmal auf dem Landtag die Rede von Proceß- und Rechtsverbesserung sey, keinen zur Ehre Gottes und der Gerechtigkeit, so wie auch zum Heile des Volkes mehr geeigneten Antrag, als den auf die ganz einfache gesetzliche Bestimmung: „Wo das förmliche Recht mit dem wesentlichen in Widerspruch steht, soll der Richter dem letzteren den Vorzug geben —" also sich an die Gesetze nicht kehren, wenn sie ihm nicht etwa als raison écrite einleuchten. In der That ein radicaler Vorschlag.

39) Patriotische Phantasien Th. 4. XXX. S. 116. Vergl. übrigens noch Welcker die letzten Gründe von Recht, Staat und Strafe S. 85.

Alles in Gefahr setze — jeder Mensch hat es mit dankbarem Herzen zu erkennen, daß man das förmliche Recht dem wirklichen vorziehe, wenn beides sich nicht zusammen findet."

Wo die höchste Staatsgewalt unmittelbar selbst einschreitet, bedarf sie eines ihr untergeordneten Organs überall nicht; wo sie aber dessen bedarf, da handelt nicht sie durch dieses Organ, das nur im bildlichen Sinne so genannt werden kann, sondern die obrigkeitliche Person handelt als ein für sich persönliches selbstwollendes freies Wesen, dessen Einheit mit ihr daher nicht in der objectiven Adäquation seiner Handlung mit ihren Aussprüchen, sondern nur in seinem auf diese Adäquation gerichteten Willen liegen kann.

Also auch das Product dieses Willens muß die Staatsgewalt grade so gelten lassen, als wäre es von ihr selbst ausgegangen, ohne noch eine vorgängige Untersuchung über dessen Uebereinstimmung mit ihrem eigenen Willen zuzulassen.

Denn, wollte sie demselben die Geltung erst unter der Bedingung beigelegt wissen, daß diese Uebereinstimmung vorher erkannt worden wäre; so müßte sie selbst mit diesem Erkenntnisse sich befassen, wie z. B. in den Fällen geschieht, wo die höchste Genehmigung der Staatsgewalt vorbehalten wird, da es ja sonst immer wieder eine Behörde, nur eine höhere wäre, welche schließlich entschiede; aber wo sie das von der Behörde zur Vorbereitung der Handlung Geschehene als Ausfluß ihres Willens adoptirt, ist sie selbst der Vollender dieser Handlung. Hier aber ist die Rede von den Fällen, wo sie ihren Willen nicht selbst unmittelbar ausführen kann, sondern dazu der obrigkeitlichen Person bedarf; die letztere also die handelnde ist: und da muß die höchste Staatsgewalt, wenn ihr auch die Befugniß, das von ihrem Organe Gehandelte selbst

handelnd wieder aufzuheben, in keinem Falle abzusprechen wäre, dann doch bis zu dieser Wiederaufhebung der obrigkeitlichen Handlung Geltung beigelegt wissen wollen, oder sie muß wollen, daß eben — nichts geschehe.

Auch aus der Hierarchie der Behörden kann man den Einwand nicht begründen wollen, daß jedenfalls doch in einem Conflicte mit einer unteren Behörde die höhere und event. die höchste Spitze der Staatsgewalt als die letztlich entscheidende Auctorität noch immer angegangen werden könne, um dem wirklichen Rechte zum Siege zu verhelfen, das darum nicht sofort dem Ausspruche jedes untergeordneten Beamten unterworfen und möglicher Weise geopfert zu werden brauche. Denn die Selbstständigkeit der Behörden, der untern und obern, ist nur dem Umfange und den Bedingungen, nicht aber ihrem qualitativen Wesen nach verschieden. Die Auctorität des höchsten Gerichtshofs, welcher mich verurtheilt, meine Wohnung, Einwendens ungeachtet, zu räumen, wird Niemand leicht beanstanden; aber wenn die untere Polizeibehörde mich befehligt, das, statt mit Ziegeln, mit Stroh hergestellte Dach meines Hauses wieder abzureißen, auch meinem Recurse dagegen den Suspensiv-Effect abschlägt; so handelt dieselbe bis zur Auswirkung einer inhibirenden oder abändernden Verfügung der höhern Stufe mit derselben Selbstständigkeit, mit welcher das Oberappellationsgericht in dem andern Falle meinen Proceß für immer entschieden hat; und es wäre widersprechend, wollte der Staat solcher untern Behörde die Frage: ob gegen ihre Verfügung der Recurs zulässig oder mit Suspensiv-Effect zu gestatten sey? zur Beurtheilung überlassen, und gleichwohl nicht jeden Unterthan für verpflichtet erklären, ihrem Ausspruche bis zum Eingang der höhern Verfügung eben so unbedingt wie dem höchsten Gerichtshofe zu gehorchen.

So lange also der Beamte durch die Bestimmung seines Willens dem allgemeinen Willen entsprechend zu handeln in der Einheit mit diesem bleibt, also die von der Staatsgewalt ihm möglicher Weise nur aufzuerlegende Pflicht erfüllt; handelt er nicht nur in seinem Rechte, sondern dasjenige, was er in dieser Einheit als Recht ausspricht, hat auch als solches so lange zu gelten, bis es von der höhern Auctorität wieder aufgehoben wird; und es ist sonach die Nothwehr sowohl nach der einen wie nach der andern Seite dawider ausgeschlossen [40]). Die subjective Berechtigung und die formelle Rechtmäßigkeit der vollendeten Handlung müssen mit einander stehen oder fallen, wenn man nicht gegen denselben obrigkeitlichen Act die Nothwehr aus diesem Grunde für unzulässig erklären will.

Aber sobald der Beamte aus dieser Einheit mit der Staatsgewalt durch Veränderung seines bisher darauf gerichteten Willens heraustritt, also in der That als eine dem Staate feindliche Privatperson handelt; da ist er — ohne daß es denn hier so wenig wie in dem entgegengesetzten Falle auf die Unterschiede zwischen Competenz und Incompetenz, Richtigkeit und Iniquität, Form und Inhalt irgend ankommt — wie jeder andere Verbrecher zu behandeln; die Widersetzung also unbedenklich zuzulassen: und dafür kann man sich denn allerdings auf L. 5. Cod. de jure fisci 10, 1. L. 4. cod. de discussor. 10, 30. L. 5. Cod. de executor. et exactor. 12, 61. L. 5. Cod. de metat. 12, 41. Nov. 124. cap. 3. und

---

40) Daß darnach auch gegen einen Privaten, der bona fide das Recht des Andern zu verletzen sucht, keine Nothwehr begründet seyn müßte, wird man natürlich nicht einwenden wollen, da ja der Private, der mit seiner rechtswidrigen Handlung auf Widerstand stößt, sich an die Staatshülfe wenden muß, um sein vermeintliches Recht durchzusetzen; die Obrigkeit aber diese Staatshülfe sich selbst ist.

cap. 6. de sent. excomm. in VI^to berufen; aber auch weiter aus diesen Stellen nichts abstrahiren, da in allen darin behandelten Fällen die frevelnde und verbrecherische Tendenz des Beamten auf offener Hand liegt.

Diesemnach trete ich der Ansicht von v. Jagemann, daß es, abgesehen von dem Falle, wenn der öffentliche Diener böswilliger Weise und gegen besseres Wissen handle, der Obrigkeit gegenüber gar keine gerechte Nothwehr gebe [41]), vollkommen bei, ungeachtet Köstlin dies eine ohne alle Rechtsgrundsätze auf den Kopf stellende Behauptung nennt; und wenn nun auch Zachariä letztlich zu dem Resultate kommt, daß die Nothwehr nur gestattet sey, wenn die Widerrechtlichkeit nicht blos objectiv, sondern auch subjectiv vorliege, so bin ich auch mit diesem einverstanden, und sehe nur nicht ein, worüber er dann hauptsächlich mit v. Jagemann streitet.

Nun schreitet Zachariä zur Bestimmung seiner Ansicht darin weiter fort, daß er auch die culpa des Beamten in den Bereich dieses subjectiven Unrechts hineinzieht; allein man sieht nicht recht, wie weit hier gegangen werden soll. Auf der einen Seite wird angenommen, daß auch gegen ein culposes Handeln die Nothwehr begründet seyn könne, weil des Verbrechens des Amtsmißbrauchs sich besonders der Criminalbeamte auch dann schuldig mache, wenn er leichtsinnig, mit Uebereilung oder leidenschaftlicher Verblendung verfahre, wenn gleich in dem Glauben, das Gesetz zu vollziehen — auf der andern Seite wird es aber dem Richter überlassen, nach dem Maße der Schuld darüber zu entscheiden, ob die Widersetzung ganz straflos sey, oder nur ein Milderungsgrund der Strafe angenommen werden könne. Soll damit blos

41) Archiv 1842. S. 599. und Not. 18. S. 610. Not. 39.

42) Neue Revision S. 724.

gesagt seyn, daß der Richter das Vorhandenseyn der culpa in jedem concreten Falle zu beurtheilen habe, so ist dagegen nichts zu erinnern; aber das versteht sich ja von selbst. Soll aber damit innerhalb der Sphäre der culpa ein Gebiet abgesteckt werden, welches noch zur culpa gehört, aber die Widersetzung ausschließt, so ist das nicht ganz verständlich. Denn wenn man auch sonst Grade in der culpa annehmen will, so muß die in dem Wesen der culpa liegende Strafbarkeit doch schon mit ihr selbst, also mit dem alleruntersten Grade beginnen und kann nicht nach einer in ihr noch wieder anzutreffenden Grenze als vorhanden und nicht vorhanden angenommen werden.

Würde also v. Jagemann die Widersetzung nicht auf ein doloses Handeln des Beamten beschränken — was vielleicht auch nicht einmal seine Absicht ist — sondern sie auch auf die strafbare culpa mit ausdehnen, und dagegen Zachariä in dieser letzteren nicht weiter distinguiren; so würde zwischen Beiden völlige Uebereinstimmung herrschen: und diese Concessionen scheinen durch die Consequenz geboten zu werden, welche sowohl in dem, den dolus wie die culpa umfassenden, Begriffe der Schuld sich geltend macht, aus welcher letzteren allein hier die Ungerechtigkeit des die Nothwehr begründenden Angriffs deducirt werden kann; da der Beamte, welcher mit pflichtmäßiger Umsicht und nach seiner gewissenhaften Ueberzeugung verfährt, in seinem Rechte sich befindet. Ist aber bei der culpa wie beim dolus des Beamten der Wille[43]) das Princip des von ihm ausgegangenen Unrechts, welchen der Staat als mit dem seinigen in Widerspruch stehend nicht anerkennen

---

43) Auf die Begründung dieses nach der herrschenden Theorie angenommenen Satzes gegen die Behauptung v. Almendingen's u. A., daß es keinen Irrthum gebe, welchen man, wenn man gewollt hätte, hätte einsehen können — hier einzugehen, kann natürlich nicht die Absicht seyn.

und als sein Organ nicht schützen kann; so kann es auf die mittelbare oder unmittelbare Beziehung dieses Willens auf die äußere That nicht ankommen, und es muß also in dieser Hinsicht, was von dolus gilt auch von der culpa gelten; so wie denn anderer Seits diese letztere nur als die criminelle überhaupt bestimmt werden kann, ohne darin weitere Unterscheidungen zuzulassen.

Wir hätten damit also als Antwort auf unsere Frage den Satz: daß gegen jede gesetzwidrige Maßregel der öffentlichen Gewalt die Widersetzung zulässig sey, welche einen dolus oder eine criminelle culpa des Beamten zu ihrer Quelle habe, von welcher objectiven Beschaffenheit sie auch sonst seyn möge [44]).

Allein dieser Satz taugt nur zum leitenden Princip in dieser Lehre; als positiver Ausspruch eines Gesetzbuchs muß er concreter und objectiv gefaßt werden, um praktische Anwendung zu finden.

Der Wille allein hat im Rechte keine Bedeutung, er erlangt diese erst, indem er eine objectiv äußere Wirkung hervorbringt und darin zur Handlung wird; auch kann er nur hierin von Andern erkannt werden. Worin liegt nun hier das objective Thatmoment der Handlung des Beamten, gegen welche die Widersetzung zugelassen wird? In der Nichtübereinstimmung mit den Gesetzen, ihrer (materiellen) Rechtswidrigkeit allein kann es nicht liegen, da diese auch als objectiv vorhanden nicht angenommen werden kann, wenn sie als solche nicht zugleich auch in dem Willen des Beamten lag; denn sonst ist sie auch objectiv eine (formell) rechtliche. Da nun das Factum als ein von ihm gewolltes nicht zweifelhaft ist, so hängt Alles davon ab, ob der Beamte von der Ungesetzlichkeit dessen was

44) Daß die sonstigen allgemeinen Bedingungen der Nothwehr dabei immer vorausgesetzt werden, versteht sich von selbst. Vergl. Not. 23.

er that die Einsicht hatte oder haben mußte. — Will man nun die Beurtheilung dieser Einsicht nicht ganz dem subjectiven Ermessen des einzelnen Untergebenen überlassen — was wegen dessen persönlicher Betheiligung allzu gefährlich wäre — sondern für deren Erkennbarkeit ein objectives Merkmal aufstellen und dieses in einer abstracten Regel ausdrücken; so könnte man, wo das Strafgesetzbuch in der Aufstellung der Verbrechen der Staatsdiener erschöpfend genug wäre, deren Thatbestand hier zur Basis nehmen. Ist dieses aber unthunlich, weil der Staat dabei noch von anderen Rücksichten geleitet worden ist als von der auf das den Unterthanen dagegen zustehende Recht der Nothwehr; dieses letztere auch nicht der Beurtheilung der oberen Dienstbehörde unterstellt werden kann, von welcher sonst die criminelle Verfolgung der Staatsbeamten wegen Dienstverbrechen meistens zunächst abhängt: so bleibt nichts Anderes übrig, als hier von der Annahme auszugehen, daß der Beamte das einsehen mußte, was sonst Jedem einleuchtet; und so außer der materiellen Rechtswidrigkeit seiner Handlung auch deren leichte Erkennbarkeit als weitere objective Eigenschaft dieser Rechtswidrigkeit zu erfordern, um die Widersetzung dagegen zuzulassen.

Das Ergebniß der Untersuchung ist also wieder der alte Satz von Leyser:

> Magistratui, vim injustam inferenti, vis et arma recte opponuntur — sed non aliter quam si *aperta* judicis injustitia est —

der, wie Zachariä a. a. O. S. 368. mit Citaten belegt, auch fortwährend von der Doctrin angenommen worden ist und der auch dem natürlichen Volksbewußtseyn gewiß entspricht.

Der Gewinn besteht also hauptsächlich nur in einem *scire nescire*, in der Einsicht, daß darüber durch Dis-

tinctionen nicht hinauszukommen ist, die zwar mancherlei unverkennbare Unterschiede aufstellen, nur nicht solche, womit sich für diese Frage etwas anfangen läßt.

Anbelangend nun die neueren Gesetzbücher, so hat das Badische Strafgesetzbuch diesen Satz auch ausdrücklich sancirt, indem es im Art. 617 „bei offenbarer Gesetzwidrigkeit des Verfahrens" Straflosigkeit eintreten läßt.

Auch wird es kein Bedenken haben, unter der Herrschaft derjenigen Gesetzbücher, welche, wie das Baierische und Oldenburgische Strafgesetzbuch Art. 315. (320.) u. ff. über diesen Gegenstand ganz schweigen, also die allgemeinen Grundsätze über die Nothwehr selbstredend Platz greifen lassen; oder welche, wie das Hannöverische Strafgesetzbuch Art. 160. ausdrücklich auf die allgemeinen Bestimmungen über die Nothwehr verweisen — nach jenem Grundsatze zu verfahren, dessen Wesen ja, wie aus seiner obigen Begründung erhellt, nur in der Bestimmung der Rechtswidrigkeit des obrigkeitlichen Angriffs besteht; der aber an den allgemeinen Bestimmungen über die Nothwehr selbst, wie sie in jeder einzelnen Gesetzgebung festgestellt sind, nichts ändern will.

Mit denjenigen Gesetzbüchern dagegen, welche, wie das Braunschweigische Art. 107. vergl. mit den Anmerkungen dazu und das Königlich Sächsische Art. 103. die Zulässigkeit der Widersetzung davon abhängen lassen, ob die Behörde ihre allgemeine Competenz überschritten habe, läßt sich die hier vertheidigte Ansicht nicht vereinigen, eben so wenig als mit dem Würtembergischen Strafgesetzbuche, welches Art. 174. unter Voraussetzung eines drohenden unersetzlichen Nachtheils gegen jedes gesetz- und ordnungswidrige Verfahren die Widersetzung zuläßt.

XVI.

Bemerkungen zum Entwurfe eines Strafgesetzbuchs für die Preußischen Staaten.

Von

H. A. Zachariä.

(Fortsetzung von Nr. X. des Jahrgangs 1845.)

VII. Von der Vollendung und vom Versuche der Verbrechen.

Der Entwurf hat sich im vierten Abschnitt des allgemeinen Theils den in neuerer Zeit in der Wissenschaft näher entwickelten und auch schon in andern Gesetzgebungen adoptirten Ansichten angeschlossen und, was hier besondere Anerkennung verdient, unter Verwerfung des im Art. 2. des Code pénal zu Grunde liegenden Prinzips, an der deutschen, den objectiven und subjectiven Maaßstab, wie man zu sagen pflegt, vereinigenden Ansicht festgehalten. Demgemäß ist zwar anerkannt, daß auch der Versuch eines Verbrechens (im Gegensatz zu der Bestimmung über Polizei-Vergehen im §. 135.) strafbar sey, sobald darin schon ein Anfang der Ausführung des beabsichtigten Verbrechens enthalten ist, daß aber jeder Versuch immer gelinder als das vollendete Verbrechen gestraft werden müsse.

Gegen die Aufstellung einer solchen allgemeinen Regel über die Strafbarkeit des Versuchs, welche sich allerdings

im römischen Rechte noch nicht findet, wie neuere wissenschaftliche Untersuchungen zur Genüge dargelegt haben, sondern im gemeinen Rechte zuerst in der P. G. O. Karls V. gesetzlich ausgesprochen hervortritt, haben sich in neuerer Zeit allerdings einige Stimmen erhoben. Man hat den Vorschlag gemacht, in der Weise des römischen Rechts, der strafbaren Versuchshandlungen blos bei den einzelnen Verbrechen zu gedenken. Allein abgesehen davon, daß es fast eine unauflösbare Aufgabe für den Gesetzgeber seyn würde, alle strafbaren Versuchshandlungen bei den einzelnen Verbrechen hervorzuheben und daß er dabei in die Gefahr kommen würde, durch Bedrohung specieller Fälle andere ganz auf gleicher Stufe der Strafbarkeit stehende Versuchshandlungen für straffrei zu erklären, so würde eine solche Casuistik auch kein Fortschritt in der Gesetzgebung, sondern vielmehr ein Rückschritt genannt werden müssen. Allerdings muß der Gesetzgeber sich vor einem zu großen Generalisiren hüten, d. h. er darf nicht aus einigen speciellen Fällen, die ihm gerade vor Augen schweben, einen allgemeinen Satz bilden, welcher in seiner Allgemeinheit nicht richtig ist und daher eine falsche Beurtheilung anderer speciellen Fälle herbeiführen muß, und gerade deshalb muß er es auch vermeiden, rein doctrinelle Begriffe gesetzlich zu fixiren, weshalb es durchaus gebilligt werden muß, daß der Entwurf weder von dem vollendeten noch von dem versuchten Verbrechen eine Definition zu geben versucht hat; — allein die Furcht vor dem s. g. Generalisiren kann auch zu weit getrieben werden, und dürfte namentlich da ganz unbegründet seyn, wo es sich um gesetzliche Anerkennung eines strafrechtlichen Grundsatzes handelt, der sich schon in einer länger als dreihundertjährigen Erfahrung als praktisch brauchbar bewährt hat. Daß dadurch gewisse von der allgemeinen Vorschrift abweichende Bestimmungen, worauf auch der §. 61. hinweist, nicht ausgeschlossen werden, versteht sich

von selbst; nur muß der Gesetzgeber immer sorgsam prüfen, ob hinreichende Gründe zu solchen abweichenden Bestimmungen vorhanden sind, und muß ferner bei der Bezeichnung der einzelnen Verbrechen mit Vorsicht darüber wachen, daß dabei die allgemeine Regel nicht auf unpassende Weise zur Anwendung komme. Insbesondere muß er sich daher, was den Gegensatz zwischen Versuch und Vollendung betrifft, vor dem Fehler hüten, von welchem allerdings mehrere neuere Legislationen nicht frei zu sprechen sind, Handlungen, welche an sich blos Versuchshandlungen sind, durch ihre besondere Bedrohung wie vollendete Verbrechen hinzustellen und dadurch zu einer unzulässigen Ausdehnung des Strafgebietes zu gelangen, indem er den Richter nöthigt, auch den Versuch eines Versuchs zu strafen, oder etwas für einen beendigten Versuch zu erklären, was in das Gebiet der, der Regel nach, straflosen Vorbereitung oder des nicht beendigten Versuchs gehört.

Leider scheint auch der vorliegende Entwurf hier und da in diesen Fehler verfallen zu seyn. Die gefährlichste Klippe, an welcher die Gesetzgeber gewöhnlich in dieser Hinsicht zu scheitern pflegen, ist das Verbrechen des Hoch- und Landesverraths, bei welchem das Bestreben, den Staat und dessen wesentliche Bestandtheile, oder das bestehende Herrschaftsverhältniß gegen die entferntesten Unternehmungen sicher zu stellen, dahin führt, dieses Verbrechen in mannichfacher Hinsicht wie ein delictum exceptum zu behandeln. Daraus erklären sich die freilich theils mißverstandenen, theils zu sehr generalisirten Bestimmungen des römischen Rechts und selbst der ältern germanischen Leges [9]), deren Strenge wir in den neuern

9) Eine nähere Ausführung über den Versuch des Verbrechens des Hochverraths überhaupt und nach den Bestimmungen des posi-

Gesetzgebungen keineswegs gemildert, sondern zum Theil selbst geschärft finden, obwohl man glauben sollte, daß die veränderten Verhältnisse, die höhere Bildungsstufe des Volkes und die innere Stärke und Festigkeit der Regierungen, insbesondere der Deutschen, nicht solche auf Abschreckung berechnete Strafdrohungen nothwendig machen, wie sie die römischen Kaiser zur Sicherung ihres Lebens und ihrer oft wankenden Herrschaft nöthig zu haben glaubten. Blicken wir nun von dem angedeuteten Standpunkte aus auf den vorliegenden Entwurf, so muß es zwar lobend anerkannt werden, daß die ganz grundlose Ansicht, als lasse das Verbrechen des Hochverraths gar keine Untersuchung zwischen Versuch und Vollendung zu, darin keine Billigung gefunden hat, indem ausdrücklich zwischen Vollendung und Versuch des Hochverraths unterschieden wird. Auch läßt sich gegen die Bestimmung des Vollendungs-Momentes in §. 143. Lit. a. nichts Erhebliches einwenden [10]); allein der Gesetzentwurf geräth sogleich mit sich selbst in Widerspruch [11]), indem er unter Lit. b. auch die bloße V e r a b r e d u n g des Angriffs mit einer oder mehreren Personen als vollendetes Verbrechen betrachtet wissen will, was eben so auffallend und inconsequent zu seyn scheint, als wenn das Gesetz verordnen wollte: der Diebstahl ist als vollendet anzusehen, wenn a) der Thäter den Besitz der Sache ergriffen, oder b) wenn er sie nur

---

tiven Rechts, findet sich in der Abhandlung des Verfassers dieser Bemerkungen im Archiv des Criminalrechts Jahrg. 1838. S. 221 f. S. 344 f. Ueber das römische Recht und insbesondere die so sehr generalisirte L. 5. Cod. ad L. Jul. maj. s. das. S. 354 f.

10) Vergl. Archiv des Criminalrechts a. a. O. S. 239 f.

11) Archiv des Criminalr. a. a. O. S. 351. Not. 71. Dieser Widerspruch wird auch durch die Bestimmung des §. 144 (im zweiten Satze) nicht gehoben, und tritt bei einer Vergleichung mit der allgemeinen Bestimmung des §. 67. noch mehr hervor.

berührt oder sich mit Andern zum Stehlen verabredet hat. Hieraus ergiebt sich aber die doppelte Inconsequenz, daß 1) Handlungen, die ihrer Natur nach in das Gebiet des Versuchs gehören, dem Grundprinzip des deutschen Strafrechts zuwider, wie das vollendete Verbrechen gestraft werden müssen, was um zu größern Härten führen kann, als die Erfordernisse des hochverrätherischen Complotts nicht bestimmt genug und nicht mit den nothwendigen Beschränkungen aufgestellt sind; und daß 2) Handlungen, welche auf Herbeiführung einer solchen Verabredung gerichtet sind und entweder gar nicht in das Gebiet des strafbaren Versuchs fallen dürften, oder nur als entfernter oder nicht beendigter Versuch des Hochverraths betrachtet werden sollten, von einer an sich unzulässigen oder zu harten Strafe getroffen werden müssen.

Dies Beispiel mag als Beleg für die obige Behauptung genügen. Kehren wir nun zurück zu den Grundsätzen des Entwurfs über die Bestrafung des Versuchs im Allgemeinen, so enthält zwar der §. 57. die Sanction einer Bestimmung, welche, wie der Verfasser dieser Bemerkungen noch jetzt dafür halten muß, mit den Grundprinzipien des bürgerlichen Strafrechts unvereinbar ist. Indessen mag es genügen, hier auf dasjenige zu verweisen, was schon an andern Orten hierüber ausgeführt worden ist [12]), ohne die auch im gemeinen Rechte noch fortlebende Controverse einer Erörterung zu unterwerfen, und es mögen nur folgende Bemerkungen hier einen Platz finden:

1. Der Entwurf will den verbrecherischen Versuch auch dann strafen, wenn der Thäter sich zu demselben ungenügender Mittel bedient hat. Hierbei kann es zweifelhaft werden, was unter dem ungenügenden Mittel zu ver-

12) H. A. Zachariä, die Lehre vom Versuche der Verbr. Th. I. S. 233 f.

stehen sey? In der Theorie hat man bekanntlich theils zwischen absolut und relativ untauglichen, zwischen blos unzulänglichen und an sich untauglichen Mitteln unterschieden, wie z. B. auch der Verfasser dieser Bemerkungen die Ansicht vertheidigt hat, daß der Versuch mit wirklich untauglichen Mitteln von dem Versuche mit an sich tauglichen aber in concreto unzulänglichen oder aus besondern Gründen unwirksamen Mitteln geschieden werden müsse, indem z. B. der Fall einer blos vermeintlichen Vergiftung doch wohl von einer wirklichen aber wegen zu kleiner Dosis oder aus andern Gründen ganz unschädlichen Vergiftung in sich verschieden ist. Sollte nun die Absicht gewesen seyn, durch den §. 57. auch für den Versuch mit absolut oder an sich untauglichen Mitteln eine Strafe zu verhängen, so würde dies durch den gewählten Ausdruck nicht deutlich genug bezeichnet seyn.

2. Auch derjenige soll wegen Versuchs gestraft werden, welcher die Handlung an einem Gegenstande verübt hat, bei welchem die gesetzwidrige Wirkung nicht eintreten konnte. Hiernach wird also derjenige allerdings wegen Versuchs bestraft werden können, welcher in tödtlicher Absicht auf einen Leichnam oder einen andern leblosen Gegenstand geschossen, welcher eine vermeintlich fremde, in der That aber eigene Sache entwendet, ein für gültig gehaltenes, aber durchaus nichtiges oder rumpirtes Testament unterdrückt hat u. s. w.; auch wird hiernach allenfalls noch von einem strafbaren Versuch des Ehebruchs gesprochen werden können, obwohl „cum propria imprudens conjux uxore coivit, quam falso alterius credidit esse viri. Allein in andern, der Sache nach ganz gleich stehenden Fällen wird keine Strafe erkannt werden können, weil von einem Gegenstande, an welchem das Verbrechen verübt wurde, nicht gesprochen werden kann, z. B. wenn Jemand vor einer vermeintlich

öffentlichen Behörde einen Meineid geschworen, oder seiner Meinung nach einen Andern verläumdet hat, während das in verläumderischer Absicht Erzählte auf Wahrheit beruht u. s. w. Und doch würde die Straflosigkeit solcher Fälle mit dem Prinzip des §. 57. im offenbarsten Widerspruch stehen! — Besser wäre es freilich, wenn das Prinzip selbst aufgegeben und dadurch zugleich nutzlosen Untersuchungen, welche lediglich die böse Absicht zum Gegenstand haben können, vorgebeugt würde!

Was die relative Strafbarkeit des Versuchs betrifft [18]), so hat der Entwurf im §. 56. zwei richtige Prinzipien adoptirt, daß sie nämlich um so größer sey, je mehr 1) der Versuch der Vollendung des Verbrechens sich genähert, und je weniger 2) das Unterbleiben der Vollendung in dem Willen des Thäters seinen Grund hatte. Allein es fehlt ein drittes, nicht weniger wesentliches, Moment, womit dann zugleich die geringere Strafbarkeit der Fälle des §. 57. ausgesprochen seyn würde, nämlich, daß die Strafbarkeit sich zugleich nach der innern Beschaffenheit der Versuchshandlung richten müsse, d. h. je mehr oder weniger sie hiernach geeignet war, zur Vollendung zu führen. Ferner scheint bei der Bestimmung der Strafe für den s. g. beendigten Versuch darin gefehlt zu seyn, daß dem richterlichen Ermessen durch Aufstellung einer bestimmten, keine weitere Gradationen zulassenden Strafdrohung jeder freie Spielraum entzogen ist. Will der Gesetzgeber hier eine Beschränkung geben, so kann sie gerechter Weise nur in der Sanction eines Minimums bestehen, während das Maximum schon von selbst dadurch gegeben

18) Zu wünschen wäre, daß auch in der Anordnung der Paragraphen die Bedingungen der s. g. absoluten, von den Bestimmungen über die relative Strafbarkeit geschieden und demgemäß §. 57. vor §. 56. gestellt würde, besonders da über die geringere Strafbarkeit der Fälle des §. 57. nichts bestimmt ist, was übrigens doch wohl nothwendig seyn dürfte.

ist, daß dem allgemeinen Grundsatz zufolge (§. 54.) die höchste Versuchsstrafe nie die des vollendeten Verbrechens erreichen darf. Die Feststellung einer bestimmten Strafe für den beendigten Versuch, wie es im §. 58. geschehen ist, würde sich nur dann rechtfertigen lassen, wenn bei dem einzelnen Verbrechen jene Art des Versuches stets nur in der nämlichen, die Vollendung unmittelbar begränzenden Beschaffenheit vorkommen könnte. Ist dies aber offenbar nicht der Fall und muß es ferner nothwendig dem Richter möglich gemacht seyn, nach der Gefährlichkeit und Schädlichkeit des beendigten Versuchs eine verschiedene Strafe zu erkennen, so wird auch die erwähnte Bestimmung des Entwurfs gewiß eine Modification erfahren müssen. Dasselbe gilt von der Schlußbestimmung des §. 58:

„in allen andern Fällen aber die Strafe auf zwei Drittheile herabgesetzt werden."

Diese „andern Fälle" können dem Zusammenhang zufolge nur solche seyn, wo es bei Verbrechen, welche erst mit dem Eintritt eines bestimmten Erfolgs vollendet werden, noch nicht zu einem beendigten Versuche gekommen ist, weshalb eigentlich die Randschrift des §. 58. nicht durchgängig paßt. Hierbei erscheint aber die Beschränkung auf zwei Drittheile um so unstatthafter, als dann von einer Zumessung der Strafe nach dem ersten Moment des §. 56. weiter gar keine Rede seyn und ein solcher Versuch doch auf einer viel niedrigern Stufe der Strafbarkeit stehen kann. Jedenfalls würden daher zwei Drittheile nur als Maximum der Strafe betrachtet und im Uebrigen dem richterlichen Ermessen freier Spielraum gelassen werden müssen. Es sollte daher jedenfalls heißen:

„— die Strafe auf wenigstens zwei Drittheile herabgesetzt werden",

wobei nur noch die fast nicht zu lösende Schwierigkeit bliebe, zu bestimmen, wie viel zwei Drittheile der Todesstrafe oder lebenswierigen Freiheitsstrafe betragen? Das Einfachste wäre, wenn jene Schlußworte des §. 58. ganz gestrichen würden, indem die hier erwähnten andern Fälle ganz nach der für die andern Fälle in §. 59. gegebenen Regel beurtheilt werden könnten. Nur müßte manche im §. 59. die bestimmte, auf 15 Jahre lautende, Strafdrohung getilgt werden, indem sie hier noch viel unpassender ist als bei dem beendigten Versuche; auch würde es, da es sich hier um den Versuch derjenigen Verbrechen handelt, welche blos durch die Handlung des Thäters vollendet werden, z. B. Diebstahl, Meineid, Fälschung u. s. w., rathsamer seyn, nicht sowohl ein Maximum, als lieber ein Minimum der Strafe festzustellen. Dies ist um so unbedenklicher, als der Entwurf den Versuch im Allgemeinen nur dann bedroht, wenn er schon einen Anfang der Ausführung enthält. Der Gesetzgeber hat hier also dadurch einen Anhaltspunkt für die meisten Verbrechen und kann danach ermessen, wie tief die Strafe sinken dürfe, um zugleich durch die Feststellung eines solchen Minimums eine unangemessene, zu gelinde Bestrafung des Versuchs zu verhüten. Die Feststellung eines Maximums dagegen erscheint deshalb nicht räthlich, weil begreiflicher Weise der nicht beendigte Versuch der zuletzt erwähnten Verbrechensklasse so nahe an die Vollendung streifen kann, daß es so viel als möglich vermieden werden muß, eine bedeutende Lücke in der Strafscala gesetzlich zu sanctioniren und dadurch eine unangemessene Bestrafung solcher Fälle, in welchen nur höchst wenig an der Vollendung fehlt, herbeizuführen [14]).

---

14) H. A. Zachariä, die Lehre vom Versuche der Verbr. Th. II. S. 84 f.

VIII. Von den Urhebern eines Verbrechens und den Theilnehmern.

In der Ueberschrift des fünften Abschnittes des allgemeinen Theils werden die Urheber eines Verbrechens von den Theilnehmern unterschieden. Soll damit bezeichnet werden, daß es Urheber ohne andere Theilnehmer geben könne, so würde dagegen an sich Nichts zu erinnern seyn. Allein der Fall, daß einer allein das Verbrechen verübt, bedarf doch, abgesehen von denjenigen Verbrechen, zu deren Existenz das verbrecherische Zusammenwirken mehrerer Personen begriffsmäßig gehört, z. B. Ehebruch, Duell, Aufruhr u. s. w., und wobei also immer mehrere Miturheber vorkommen müssen, keiner besondern Bestimmung, so daß also auch §. 63. Nr. 1. darauf gar nicht berechnet seyn wird. Wirken aber Mehrere bei einem Verbrechen, in gewissem Sinne, d. h. im Gegensatz zu der eben erwähnten nothwendigen Concurrenz zufällig, zusammen, so gehören diejenigen, welche der Entwurf §. 63. Nr. 1. als Urheber bezeichnet, eben so gut wie Anstifter, Gehülfen u. s. w. zu den Theilnehmern und bilden eine Unterart derselben, nicht einen Gegensatz. Andrer Seits ist es dann aber auch nicht passend, wenn der Entwurf denjenigen, welcher das Verbrechen durch eigene Handlung unmittelbar bewirkt hat, als Urheber desselben bezeichnet. Denn der Ausdruck Urheber paßt, wenn man ihn in einem engern Sinne gebrauchen will, der Etymologie und gewöhnlichem Sprachgebrauch nach, offenbar mehr auf denjenigen, dessen Wille auf die Hervorbringung des Verbrechens durch einen Andern gerichtet war, als für denjenigen, welcher sich durch fremde Einwirkung hat bestimmen lassen, ein Verbrechen zu verüben. Viel angemessener dürfte es daher seyn, der Terminologie Derjenigen zu folgen, welche den Letztern den

Thäter, den Erstern aber Anstifter nennen, und beide zusammen im Gegensatz zu den Gehülfen als Urheber des Verbrechens zu bezeichnen

Als Anstifter soll nach §. 63. Nr. 2. derjenige gestraft und zwar mit der auf das Verbrechen gesetzten Strafe belegt werden, welcher sich eines Andern zur Ausführung des Verbrechens bedient oder denselben vorsätzlich zu dem verbrecherischen Entschlusse bewogen hat. Bei dieser Alternative, wenigstens der erstern, scheint aber der Begriff der Anstiftung nicht festgehalten zu seyn. Die Anstiftung besteht in der vorsätzlichen Bestimmung eines Andern zur Begehung eines Verbrechens. Sie setzt also wesentlich voraus, daß durch sie der Entschluß zur That in dem Andern erzeugt worden sey. Nur unter dieser Voraussetzung kann der Anstifter als Urheber des Verbrechens betrachtet und mit der dem Verbrechen gedrohten Strafe belegt werden. Wenigstens fordert dies die den Grundcharakter des deutschen Strafrechts bildende gleichmäßige Berücksichtigung des objectiven und des subjectiven Maaßstabes. Wenn nun der Entwurf auch denjenigen als Anstifter mit der vollen Verbrechensstrafe belegt, welcher sich eines Andern zur Ausführung eines Verbrechens bedient, so ist dieser im gemeinen Leben wohl gebräuchliche Ausdruck viel zu unbestimmt, als daß er auf Billigung Anspruch machen könnte. Denn es ist klar, daß z. B. dieser Ausdruck auch dann Anwendung finde, wenn Jemand einen Andern zur That schon Entschlossenen zur Ausführung eines Verbrechens benutzte, obwohl hier nicht von einer Anstiftung, sondern nur von einer s. g. intellectuellen Beihülfe die Rede seyn kann. Möglich ist es allerdings, daß man durch jenen Ausdruck, „sich eines Andern zur Ausführung eines Verbrechens bedienen", gewisse Fälle einer s. g. mittelbaren

Hervorbringung eines Verbrechens hat mit bedrohen wollen, in welchen man nicht sagen kann, daß dabei der zum Verbrechen gehörige Entschluß in einem Andern hervorgerufen worden sey; z. B. wenn Jemand ein Kind, oder einen Wahnsinnigen veranlaßte, ein geladenes Gewehr auf eine Person abzudrücken, oder bei einem sonst zurechnungsfähigen Menschen einen Irrthum erregte, vermöge dessen derselbe die, das Verbrechen nach Jenes Willen hervorbringende, Handlung als eine erlaubte, unschädliche oder selbst ersprießliche betrachtete, z. B. daß er Gift für Arzenei hielt u. s. w. Allerdings müssen solche Fälle von der vollen Strafe des Verbrechens getroffen werden; allein dadurch werden die gegen die Ausdrucksweise des Entwurfs erhobenen Bedenken nicht beseitigt. Will man sie neben der unmittelbaren Thäterschaft und der Anstiftung, deren Begriff nicht darauf paßt, besonders bedrohen, so muß dies auf eine bestimmtere, weniger einem Mißverständniß ausgesetzte Weise geschehen, etwa in der Weise, daß neben dem Anstifter auch derjenige erwähnt würde, welcher sich zur Ausführung des Verbrechens einer Person bediente, die keine Kenntniß von dem beabsichtigten Verbrechen hatte oder nicht haben konnte. Uebrigens steht ein solcher Verbrecher dem unmittelbaren Urheber oder Thäter deshalb viel näher, weil er eine bewußtlos fortwirkende Kraft in Bewegung setzt, und ist z. B. demjenigen ganz gleich zu stellen, welcher ein seinen Befehlen gehorchendes Thier auf sein Opfer gehetzt hat. Erregung eines Irrthums fällt nur dann unter den Begriff der Anstiftung, wenn der Irrthum nicht die rechtliche Eigenschaft der That verhüllte, sondern nur in der Unterschiebung falscher, den Entschluß des Thäters hervorrufender, Beweggründe bestand.

Der Entwurf hat es vermieden, einzelne Fälle der Anstiftung, durch Rath, Auftrag, Verführung, Ver-

sprechen eines Lohnes, Befehl, Bedrohung mit Uebeln [15]) u. s. w. hervorzuheben, wie es wohl in andern Gesetzgebungen geschehen ist. Diese Unterlassung kann aber nur gebilligt werden, da durch die Nennung einiger zweifellosen Fälle nichts gewonnen wird und der gewöhnliche Zusatz „und dergleichen" und „oder auf andere Weise" (vergl. z. B. Würtemb. Strafgesetzb. Art. 74, Braunschw. §. 41.) hinreichend zeigt, wie überflüssig die vorausgehende Aufzählung sey. Auch wird aus jener Unterlassung, wenn nur der allgemeine Charakter der Anstiftung bestimmt genug und richtig bezeichnet ist, der offenbare Gewinn hervorgehen, daß der Richter freie Hand behält, zu beurtheilen, ob eine wirkliche Anstiftung und eine dazu hinreichende psychologische Einwirkung vorliege, während er da, wo das Gesetz den Auftrag, Rath, Befehl u. s. w. als Anstiftung bezeichnet hat, sich genöthigt sehen kann, in einzelnen Fällen ein der Gerechtigkeit nicht entsprechendes Urtheil zu fällen.

Wenn übrigens der Entwurf den Anstifter und Thäter (Urheber) auf gleiche Stufe der Strafbarkeit stellt, so verdient dies volle Beistimmung. Dagegen hat die Bestimmung unter Nr. 3. im §. 63. nicht auf gleiche Anerkennung Anspruch. Die Gleichstellung des s. g. Hauptgehülfen mit dem Urheber widerspricht dem Begriffe beider Arten von Theilnehmern. Es ist ungerecht, Jemanden wie einen Urheber zu strafen, der gar nicht die auf Hervorbringung des Verbrechens selbst gerichtete Absicht hatte, welche gerade den Urheber charakterisirt, sondern nur das Delict eines Andern be-

---

15) Auch Befehl und Nöthigung fallen nicht unter den reinen Begriff der Anstiftung und müssen theoretisch und praktisch davon geschieden werden.

fördern wollte. Mag nun auch diese Förderung objectiv betrachtet noch so bedeutend seyn, so kann doch dadurch jene Gleichstellung noch nicht gerechtfertigt werden, obwohl sie sich auch in andern neuern Strafgesetzgebungen, z. B. der Würtembergischen Art. 75, findet. Wäre sie aber auch an sich zu rechtfertigen, so würde doch einer solchen gesetzlichen Bestimmung ein anderes sehr erhebliches Bedenken entgegentreten. Hauptgehülfe soll, wie auch der Entwurf sagt, derjenige seyn, welcher zur Ausführung des Verbrechens, und um diese zu befördern, einen solchen Beistand geleistet hat, ohne welchen unter den vorhandenen Umständen das Verbrechen nicht hätte begangen werden können. Dies paßt aber mehr oder weniger auf jeden Gehülfen, und die Entscheidung darüber, ob Jemand Hauptgehülfe sey oder nicht, wird in vielen Fällen eine höchst willkührliche genannt werden müssen. Jedenfalls sollte, wenn man durchaus eine gleiche Bestrafung des s. g. Hauptgehülfen möglich machen will, die gesetzliche Bestimmung nicht so absolut gegeben werden, wie sie der Entwurf giebt, sondern die Verfügung müßte mehr eine facultative für den Richter seyn, wie ja auch der Entwurf in andern Fällen sehr weise bei Strafbestimmungen das „Kann" als Ermächtigung des Richters, dem „Soll" gegenüber gesetzt hat.

Der §. 64. bestimmt unter Verweisung auf §. 58 u. 59, daß den Anstifter, wenn die Ausführung des von ihm beabsichtigten Verbrechens ohne seinen Willen unterbleibt, die Strafe des Versuchs dieses Verbrechens treffen solle. Auch hierbei würde der Entwurf in der Anwendung zu großen Härten führen, wenn jene §§. 58 u. 59. unverändert bleiben sollten. Abgesehen hievon wird aber immer die Frage entstehen, in welchen Fällen die Strafe des beendigten, und wann die des nicht beendigten Ver-

suches auf den Anstifter zur Anwendung kommen solle? Auch läßt sich ferner fragen, ob man bei der Bestimmung des §. 64. blos die gelungene oder auch die noch nicht gelungene (versuchte) Anstiftung im Auge gehabt habe? obwohl das Letztere den gebrauchten Ausdrücken zufolge, und weil man hier den Versuch eines Versuchs strafen würde, unwahrscheinlich ist. Jene §§. 58 u. 59. machen einen Unterschied zwischen Verbrechen, welche erst mit dem Eintritt eines gewissen Erfolgs und solchen, welche schon durch die Handlung des Thäters vollendet werden. Allein die Anstiftung, wenn man sie einmal unter den Begriff des Versuchs zwängen will, wird bei beiden Verbrechensklassen immer als beendigter Versuch des nicht ausgeführten Verbrechens betrachtet werden müssen [16]), indem man stets, sie mag nun z. B. einen Mord oder einen Meineid zum Gegenstande haben, wird sagen können, daß der Anstifter, welcher einen Andern zur Begehung des Verbrechens bewogen hatte, von seiner Seite alles gethan habe, was zur Vollendung nothwendig war. Der Richter wird also gar nicht wissen, wie er die §§. 58 u. 59. auf den Anstifter zur Anwendung zu bringen habe, wenn dem §. 64. nicht eine nähere Bestimmung hierüber beigefügt wird. — Auch kann man noch die Frage aufwerfen, ob der Angestiftete, der sich zur Verübung des Verbrechens bereit erklärt hat und es ernstlich wollte, aber noch nichts zur Ausführung thun konnte, so daß also von einem Versuche des Verbrechens bei

---

16) Andere, z. B. Bauer Abhandl. aus dem Strafrecht Th. I. S. 431, nehmen dessen ungeachtet einen nicht beendigten Versuch an, was offenbar nur darin seinen Grund hat, daß man die beendigte Anstiftung nicht mit dem beendigten Versuch des Verbrechens auf dieselbe Stufe der Strafarbeit stellen mochte. Dies geht auch in der That nicht an, und gerade deshalb darf die Strafe des beendigten Versuchs um so weniger absolut bestimmt seyn. Meine Lehre vom Versuche der Verbrechen Th. II. S. 85 f.

ihm noch keine Rede seyn kann, ganz straffrei ausgehen solle? — Fast alle Gesetze haben diese praktisch höchst wichtige Frage mit Stillschweigen übergangen. Da nun die Zusicherung des Angestifteten, das Verbrechen begehen zu wollen, weder unter den Begriff des Versuchs, noch der Beihülfe, noch des Complotts fällt, so kann z. B. ein bestochener Zeuge, der sich bereit erklärt hatte, einen Meineid zu schwören, nicht gestraft werden, wenn nicht schon ein Anfang der Ausführung des Verbrechens vorliegt.

Der §. 65. des Entwurfs handelt der Randschrift zufolge vom Complott. Als Merkmal desselben findet sich weiter Nichts darin, als daß zwei oder mehrere Personen wegen Verübung eines Verbrechens übereingekommen seyen. Dies genügt aber nicht zur Bestimmung des Daseyns eines Complotts. Von einer die Verübung eines Verbrechens betreffenden Uebereinkunft kann auch da die Rede seyn, wo Anstifter und Thäter mit einander einig geworden sind, und es paßt jene Bestimmung auf den Vertrag zwischen Urheber und Gehülfen. Da nun bloße Gehülfen auch neben den Complottanten vorkommen können, so muß der §. 65. nothwendig eine bestimmtere Fassung erhalten. Das Wesentliche beim Complott besteht darin, daß sich mehrere Personen zur gemeinschaftlichen Ausführung eines von ihnen beschlossenen bestimmten Verbrechens gegenseitig verpflichtet haben. Nur unter dieser Voraussetzung läßt sich die Gleichstellung aller Theilnehmer, ohne Rücksicht auf die Beschaffenheit ihrer physischen Mitwirkung, rechtfertigen, während es durchaus an jedem Grunde fehlt, die Gehülfen der Complottanten für eben so strafbar wie die Letztern

zu erklären [17]). Erkennt man dies aber als richtig an, so muß auch der §. 70. des Entwurfs eine Aenderung erfahren, indem er zu sagen scheint, daß Verbrechens-Gehülfen nur außerhalb eines Complotts vorkommen könnten, oder daß Alle, welche bei einem durch Complott beschlossenen Verbrechen durch Rath oder That gewirkt haben, nicht als bloße Gehülfen zu strafen seyen. Ein solches Mißverständniß wird aber am besten dadurch verhütet, daß im §. 70. die Worte „außer dem Fall eines Complotts" gestrichen werden. Auch könnte man, um noch deutlicher zu bezeichnen, daß auch neben den Complottanten bloße Gehülfen vorkommen können, sagen:

> Wer die von einem oder mehreren Andern beabsichtigte Verübung eines Verbrechens *wissentlich* u. s. w.

Von der Bestrafung eines Versuchs der Beihülfe sagt der Entwurf nichts. Man muß also annehmen, daß er keinen Versuch derselben anerkennen wollte. Und dies ist zu billigen, weil die Beihülfe begriffsmäßig keinen Versuch zuläßt, und wenn sie auch zu einem versuchten Verbrechen hinzutritt oder der Gehülfe noch nicht alles gethan hatte, was er versprach, juristisch der Unterschied zwischen Versuch und Vollendung keine Anwendung findet.

---

17) Z. B. ein Drucker oder Waffenschmidt hat Kenntniß von einem aufrührerischen Complott, an dem er aber selbst keinen Theil hat, und druckt eine aufrührerische Proclamation, oder liefert Waffen, wissend wozu sie gebraucht werden sollen, also mit dem Bewußtseyn, daß er das Verbrechen befördere. Hier kann freilich die Frage entstehen, ob ein solcher nicht als Hauptgehülfe zu strafen sey nach §. 63. Nr. 3. (vgl. auch §. 70.), obwohl auch hier die Ungerechtigkeit einer Gleichstellung des Hauptgehülfen und Urhebers sehr hervortreten würde, — allein für einen Theilnehmer des Complotts kann man ihn doch unmöglich erklären.

Dessen ungeachtet würde es rathsam seyn, auch hinsichtlich des Gehülfen eine analoge Anwendung des §. 62. zu verfügen.

Im §. 75. des Entwurfs und ebenso im §. 76. wird ein Unterschied zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger unterlassener Hinderung des verbrecherischen Vorhabens eines Andern gemacht. Natürlich entsteht hierbei die Frage, wann in dieser Hinsicht von Vorsatz und wann von Fahrlässigkeit die Rede seyn könne? Soll Vorsatz so viel heißen als: Man kannte das verbrecherische Vorhaben eines Andern und unterließ die Hinderung, weil man das Verbrechen selbst billigte? oder sollen auch die Fälle darunter begriffen seyn, wo Jemand nur deshalb nicht hinderte, weil er den Thäter nicht in Gefahr oder Nachtheil bringen wollte? Ja man könnte selbst fragen, ob nicht jedes Nichthindern ein vorsätzliches zu nennen sey, wo Jemand, bekannt mit der gesetzlichen Verpflichtung, die ihm mögliche Hinderung unterlassen hat, sey es auch aus Indolenz und Saumseligkeit? Da nun aber blos in dem Falle das Nichthindern in den Begriff der Beihülfe übergeht, wo Jemand das verbrecherische Vorhaben selbst billigte und durch seine Unthätigkeit fördern wollte, so dürfte jeder Zweifel beseitigt werden, wenn man die unterlassene Hinderung überhaupt mit der Strafe der Begünstigung (auch unter Verweisung auf §. 73.) bedrohte und für den Fall, daß das Nichthindern in der Absicht geschehen sey, das Verbrechen zu fördern, die Strafe der Beihülfe festsetzte.

IX. Von den Gründen, welche die Strafbarkeit ausschließen oder aufheben.

Was die im §. 79. bestimmten Gründe der Zurechnungslosigkeit betrifft, so könnte es scheinen, als ob die

Beschränkung des jede Criminalstrafe ausschließenden Kindesalters auf das vollendete zwölfte Jahr zu weit gehe. Allein wenn man dazu nimmt, daß die Bestimmung des Entwurfes nur den Sinn hat, daß bis zu dieser Altersstufe durchaus keine Criminalstrafe Statt finden soll und daß es durch §. 112. in die Hand des Richters gelegt ist, auch jugendliche Verbrecher von 12 bis 16 Jahren für unzurechnungsfähig zu erklären, so läßt sich gegen jene Beschränkung mit Grund nichts einwenden. Eine andere Frage ist freilich, ob der §. 112. das richterliche Milderungsrecht auf den Grund des jugendlichen Alters nicht an einen zu kurzen und zu bestimmten Termin gebunden und die Strafmilderung selbst zu sehr beschränkt habe? Davon wird aber noch weiter unten ad § 112. die Rede seyn.

Die Bestimmungen des Entwurfs über Nothwehr §. 84. bieten keine Veranlassung zu erheblichen Ausstellungen dar. Daß auch Nothwehr zum Schutze von Ehre und Vermögen (beweglichen und unbeweglichen Sachen) gestattet wird, kann der Verf. dieser Bemerkungen nur billigen, ohne die in der Wissenschaft obschwebenden Controversen erörtern zu wollen. Vielleicht könnte aber auch der Nothwehr zum Schutz der Keuschheit noch besonders gedacht werden, obwohl Angriffe darauf meistens auch Angriffe auf die Person seyn werden. Mit §. 85. steht der Schlußsatz von §. 191. in der innigsten Verbindung. Zieht man ihn, wie es gewiß zweckmäßig seyn würde, hierher, so würden dadurch jedenfalls die übrigen, eine unnöthige Wiederholung enthaltenden, Bestimmungen des §. 191. überflüssig.

Die Straflosigkeit des Untergebenen (§. 92.), welcher einen Befehl des Vorgesetzten befolgt hat, ist nicht blos dadurch bedingt, daß Letzterer zu einem solchen Befehl an sich befugt war, sondern muß wohl noch an eine andere

Bedingung geknüpft werden, welche der allegirte §. nicht hervorhebt. Diese besteht nämlich darin, daß der Befehl auch in formell gültiger Weise erlassen war. Dies ist gewiß um so unbedenklicher, als dem Untergebenen über das Daseyn der gesetzlich bestimmten Form noch viel leichter ein Urtheil einzuräumen ist, als über den Umfang der Amtsbefugnisse. Auch scheint der Ausdruck „Ueberschreitung der Amtsbefugnisse" nicht gut gewählt zu seyn. Von einer Ueberschreitung der Amtsbefugnisse wird, wenn man es genau nimmt (was bei der Fassung eines Gesetzes gewiß nothwendig ist), nur da die Rede seyn können, wo der Beamte zu befehlen an sich nicht befugt war. Richtiger würde es demgemäß seyn, wenn man anstatt von Ueberschreitung von Mißbrauch der Amtsbefugnisse redete.

Die §. 93 f. handeln von der Aufhebung der Strafbarkeit, wobei der §. 93. als ersten Tilgungsgrund das rechtskräftige richterliche Erkenntniß aufführt. Auch dieses dürfte sich genau genommen nicht rechtfertigen lassen. Nicht das Verbrechen oder dessen Strafbarkeit wird durch das richterliche Erkenntniß getilgt, was in der Regel nur durch die Abbüßung der gesetzlichen Strafe geschieht, sondern das richterliche Erkenntniß hat nur die Wirkung, daß die abgeurtheilte Sache nicht noch einmal zur Untersuchung und zum Erkenntniß gezogen werden kann. Dies drückt auch der §. 93. ganz richtig aus, wenn er sagt, daß alsdann wegen eben dieses Verbrechens eine Untersuchung ferner nicht Statt finde, mit dem Zusatz, daß die Ausnahmen dieser Regel die Strafproceßordnung bestimmen werde. Sollte aber hieraus nicht folgen, daß auch die Regel hier im Strafgesetzbuche nicht an ihrem Platze sey? Hierher würde nur

der Satz gehören, daß die Strafbarkeit durch Erduldung der gesetzlichen Strafe getilgt werde.

Ueber die Stellung und den Inhalt der §§. 94—97. ist schon früher das Nöthige bemerkt worden.

Was die Verjährung der Verbrechen betrifft, (§. 98—101.), so hat der Entwurf nur über die Verjährung der gerichtlichen Verfolgung des Verbrechens Bestimmungen gegeben und nichts über die Möglichkeit einer Verjährung der bereits erkannten Strafe verfügt, welche dadurch stillschweigend verworfen zu seyn scheint. Zwar läßt sich nicht verkennen, daß nicht alle, besonders die Schwierigkeit des Anschuldigungs- und Entschuldigungs-Beweises betreffende Gründe, welche die Anerkennung des Instituts der Verjährung im positiven Rechte nothwendig machen und ihre Beibehaltung in den neuern Gesetzgebungen rechtfertigen, auf die Verjährung einer erkannten Strafe, welche auch das gemeine Recht nicht kennt, passen; — allein ein sehr erheblicher Grund läßt sich doch auch für diese Art der Verjährung geltend machen, nämlich daß eine Vollstreckung der erkannten Strafe nach Ablauf längerer Zeit ihren Zweck verfehlt und nur Mitleid mit dem Verbrecher erregt, besonders wenn er sich in der Zwischenzeit tadellos betragen oder kein anderes Verbrechen verübt hat, und dieser Grund ist es ohne Zweifel, welcher neuere Gesetzgeber bewogen hat (vergl. Cod. d'instrct. crim. Art. 365; Würtemb. Strafgesetzb. Art. 129; Braunschw. §. 71; Sächsisch. Art. 76, welches auch die Rückfallsstrafe verjähren läßt; Badischer Entwurf Art. 174. nebst den Anmerkungen der Gesetzgeb. Commiss. S. 112; Ungar. Entwurf §. 97. §. 102—104.), auch eine Verjährung der

erkannten Strafen anzuerkennen. Auch der Verf. dieser Bemerkungen möchte sich aus diesem Grunde für die Aufnahme einer solchen Verjährung und resp. ihre Beibehaltung erklären, jedoch unter der Bedingung, daß der Verurtheilte in der Zwischenzeit kein anderes Verbrechen verübt hat.

Der Entwurf nimmt die mit der Todesstrafe bedrohten Verbrechen im §. 98. auch von der Proceßverjährung aus. Dies thun auch andere neuere Gesetzgebungen (wie z. B. die Oesterreichische, die Sächsische, die Hannoversche), während im gemeinen Rechte eine so umfassende Ausnahme von der Verjährbarkeit der Verbrechen nicht zu finden ist. Als Grund für diese Ausnahme, welche sich z. B. im Sächsischen Gesetzb. auch auf die mit lebenslänglicher Zuchthausstrafe bedrohten Verbrechen erstreckt, hat man zwar geltend gemacht, daß das Interesse des Staats an der Bestrafung todeswürdiger Verbrechen durch den Ablauf der Zeit nicht dergestalt gemindert und das Andenken nicht dermaßen geschwächt werde, daß es rathsam sey, deren Untersuchung und Bestrafung Verjährung halber auszuschließen. Allein durch diesen Einwand würde höchstens nur einer von den für die Verjährung sprechenden und in der That nur auf die Verjährung der erkannten Strafe passenden Gründe beseitigt oder in seinem Gewichte vermindert werden, während der Hauptgrund für die Proceßverjährung, welcher in der nothwendigen Sicherstellung von Leben, Freiheit und Ehre der Bürger gegen peinliche Anklagen wegen eines angeblich vor langer Zeit verübten Verbrechens und in der voraussichtlichen Schwierigkeit und selbst Nutzlosigkeit eines Verfahrens, besonders in Betreff des Anschuldigungs- und Vertheidigungsbeweises, besteht, bei den mit dem

Tode bedrohten Verbrechen selbst in verstärkter Maaße eintreten, abgesehen davon, daß, selbst die Erzielung eines vollen Beweises der Schuld vorausgesetzt, die Vollstreckung der Todesstrafe wegen eines vor länger als zwanzig Jahren verübten Verbrechens einen dem Strafzweck zuwiderlaufenden Eindruck machen dürfte. Zur Aushülfe auf die mehr willkührliche Begnadigung zu verweisen, läßt sich um so weniger rechtfertigen, als damit am Ende das ganze Institut der gesetzlichen Criminalverjährung beseitigt werden könnte.

XVII.

Bemerkungen über Augenschein und Haussuchung.

Von
Herrn Ministerialrath W. Brauer
in Carlsruhe.

§. 1.

I. Begriff und Natur derselben.

Perscrutatio domestica oculari inspectioni *affinis* est, sagt ein bewährter Criminalist [1]), indem er Augenschein und Haussuchung, als verschwisterte Untersuchungshandlungen, unter den Mitteln zur Eröffnung der richterlichen Erkenntnißquellen abhandelt. Ihre Gleichartigkeit wird auch von manchen Schriftstellern anerkannt, indem sie die Haussuchung als eine Art von Augenschein [2]), oder wenigstens als eine Maßregel betrachten, welche die Erlangung von Gegenständen des Augenscheins zum Zweck hat [3]). Von dem gleichen Grundsatz geht das Franzö-

1) Meister princ. jur. crim. p. 462.

2) Kleinschrod im Crim. Archiv vom J. 1800. H. 3. S. 47. Jenull Oestr. Crim. R. Th. III. S. 86. — Auch Grolman Grunds. der Crim. R. W. §. 478. und Bauer Lehrb. des Str. Proc. S. 228. Note a. neigen zu dieser Ansicht.

3) Tittmann Handb. der Str. R. W. III. S. 177. — Henke Handb. des Crim. R. IV. S. 95.

sische Recht aus [4]), und dies ist auch gewiß, wenn man die Entwickelung dieser Lehre aus der Praxis und in derselben berücksichtigt, der richtige Standpunkt. Beide Maßregeln wurden als wirksame Mittel, die Spuren des Verbrechens — sey es zu Erweisung des Thatbestandes oder zur Ueberführung des Thäters — zu verfolgen, in unser Gerichtsverfahren eingeführt. Einen Beleg hiezu giebt das Schweigen des Römischen Rechts, welches nach dem Anklageprincip, worauf sein Strafproceß gebaut war, dem Richter die Amtspflicht zur Spurenverfolgung nicht auferlegte. So konnte dieses Rechtssystem beide Maßregeln missen, während sie zum Bedürfniß wurden, und daher auch in der Praxis auftauchten, sobald sich das Untersuchungsprincip entwickelte.

Als der Strafproceß in unserm Vaterlande *einer* gründlichen wissenschaftlichen Lehre unterworfen wurde, und in den zahlreichen trefflichen Lehrbüchern, welche in den letzten Jahrzehnten erschienen, die einzelnen Lehren derselben systematisch geordnet wurden, äußerte die Logik jener Systeme auf unsere Lehren die Wirkung, daß beide von einander getrennt, und — statt, wie früher, als Zweige eines Stammes — nun als selbständige Institute behandelt wurden. Die Haussuchung wird fortwährend unter die Mittel zur Erschließuug richterlicher Kenntnißquellen [5]), oder, wie man sich gleichbedeutend ausdrückt, unter die Mittel gezählt, Gegenstände der Untersuchung zu Gerichtshanden zu nehmen [6]); während nur Wenige den Augenschein noch unter den Mitteln zur Erforschung des

---

4) Code d'instr. crim. n. 32 — 39.

5) Abegg Lehrb. des Crim. Proc. S. 125. — Müller Lehrb. des Crim. Proc. S. 258.

6) Tittmann a. a. O. III. S. 177. — Bauer a. a. O. S. 131. — Zachariä Grundlinien des Crim. Proc. S. 108. — Mittermaier Deutsches Strafverf. I. S. 420.

Thatbestandes aufzählen [7]), die Meisten ihn unter den Beweismitteln abhandeln [8]).

Es läßt sich nun zwar nicht läugnen, daß das Ergebniß des Augenscheins als Beweismittel von besonderm Gewicht, und in sofern diese Stellung im Systeme gerechtfertigt ist. Dagegen wird durch diese Auffassungsweise die andere Seite des Instituts, die criminalpolizeiliche Natur desselben, in Schatten gestellt. Man verliert dabei den Zusammenhang zwischen Augenschein und Haussuchung, und indem man den Augenschein nur unter dem Gesichtspunkt eines Beweismittels betrachtet, verleitet man zu der naheliegenden Folgerung, daß Jeder verpflichtet sey, sich den richterlichen Augenschein gefallen zu lassen. Deßhalb scheint es mir nicht unangemessen, durch eine gemeinschaftliche Darstellung und Entwickelung beider Lehren solche wieder auf den ursprünglichen Standpunkt zurückzuführen. Die dadurch gewonnenen Ergebnisse liefern zwar im Wesentlichen keine Abweichungen von den in der Wissenschaft aufgestellten Sätzen, aber sie dürften wohl durch die Betrachtung der Sache von einem abweichenden Standpunkte zum Verständnisse dieser tief in das bürgerliche Leben eingreifenden Untersuchungshandlungen beitragen [9]).

Die Gerichte müssen häufig, um ihrer Pflicht der Verfolgung von Verbrechen wirksam genügen zu können, um Spuren zu entdecken, welche zur Feststellung des Thatbestandes oder Ueberweisung des Thäters (oder auch zu sei-

---

7) Zachariä a. a. O. S. 138. — Jenull a. a. O. S. 86.

8) Bauer a. a. O. S. 215. — Heffter Lehrb. des Crim. R. S. 612. — Abegg a. a. O. S. 154. — Müller a. a. O. S. 256. — Mittermaier a. a. O. I. S. 537. — Mittermaier Lehre vom Beweise S. 161. — Weiske Handb. des Crim. Proc. S. 200.

9) Gegen diese Behandlungsweise erklärt sich Völker in der Zeitschr. für Straf-Verf. 1841. S. 185 u. f.

ner Ergreifung) dienlich sind, Nachforschungen anstellen. Ist nun diese Nachforschung zunächst dahin gerichtet, nähere Kenntniß von der Beschaffenheit oder den Eigenschaften von Sachen oder Personen zu erhalten, so tritt der Charakter des Augenscheins, sollen aber dadurch zunächst Sachen oder Personen, deren sich das Gericht zum Zweck der Untersuchung versichern will, aufgefunden werden, so tritt der Charakter der Haussuchung hervor [10]). Beide Arten der Nachforschung sind, wie in den folgenden §§. erörtert werden soll, nach Gegenstand und Umfang, Zweck, Wirkung und Voraussetzungen nicht verschieden, und vereinigen sich praktisch oft in demselben Act, so daß man die vorgenommene Untersuchungshandlung ebensowohl Augenschein als Hausuntersuchung nennen, oder ihr den Namen beider beilegen kann. Der Richter begiebt sich in das Haus, worin Jemand erschossen wurde. Er besichtigt die Localität, findet Schrote in der Wand stecken, Blut auf dem Boden vergossen, und nimmt hierüber ein Protokoll auf. Bis jetzt werden wir sagen, er habe nur einen Augenschein eingenommen. Nun aber durchsucht er die Räume weiter, er findet Schrote unter der Bettlade, einen Papierpfropf in der Ecke des Zimmers, ein frisch abgeschossenes Pistol in der Commode, und nimmt diese Gegenstände zu Gerichtshanden. Diese letzte Handlung, welche mit der frühern einen ununterbrochenen durchgreifenden Act bildet, und in demselben Protokoll beurkundet wird, nennen wir nach dem gewöhnlichen Sprachgebrauche eine Haussuchung. Ebenso kann umgekehrt der Richter bei der Haussuchung Spuren des Ver-

---

10) Kleinschrod im Crim. Archiv 1800. S. 47. bemerkt richtig, „daß bei dem Augenschein der Richter blos dasjenige, was ihm ins Gesicht fällt, zu Protokoll nimmt, bei der Haussuchung aber genauer nachspürt, um etwas zum Beweise Dienliches aufzufinden.

brechens entdecken, welche den Act in einen Augenschein übergehen lassen [11]).

Hiernach fallen beide Maßregeln in dem Begriff der gerichtlichen Nachforschung zusammen, worunter wir die dem Richter oder seinem Stellvertreter vorgenommene Untersuchung von Sachen oder Personen, um dadurch Beweismittel für den Thatbestand eines Verbrechens oder gegen den Thäter zu erhalten, oder um den Thäter zu ergreifen, zu verstehen haben. Sie unterscheidet sich von der Zeugeneinvernahme und der Vernehmung des Verdächtigen, welche zwei weitere Mittel zur Erschließung richterlicher Kenntnißquellen bilden, dadurch, daß bei letzterm die Person (der Zeuge oder Verdächtige) nicht untersucht, sondern befragt wird, kommt aber (s. u. §. 7. 8.) in ihren Voraussetzungen mit jenem überein.

§. 2.

II. Gegenstand und Umfang.

Beide Untersuchungshandlungen, welche wir im vorhergehenden §. unter dem Begriffe der gerichtlichen Nachforschung zusammengefaßt haben, werden ebensowohl an Personen wie an Sachen, und zwar an unbeweglichen wie an beweglichen vorgenommen. Beim Augenschein ist hierüber Jedermann einig [12]). Der Richter beaugenscheinigt den Platz, auf welchem der Raufhandel statt hatte, die Leiter, mittelst welcher der Dieb einstieg, die Kleider

11) Ein Beispiel ist unten in der Note 24. angeführt. Vergl. auch Völker a. a. O. S. 185.

12) Mittermaier Lehre vom Beweis S. 169. und Straf-Verf. I. S. 539. — v. Jagemann Handbuch der Untersuchungskunde I. §. 23 u. f. — Derselbe in der Zeitschrift für das Straf-Verf. v. J. 1841. S. 345 u. f. — Müller a. a. O. S. 256. — Jenull a. a. O. III. S. 51.

des Ermordeten; er läßt das Mädchen, welches des Kindesmords bezüchtigt ist, oder den Verwundeten durch Sachverständige untersuchen [13]). Bei der Haussuchung verleitet gewöhnlich die Ableitung des Worts zu dem Gedanken, daß sie nur auf Häuser und Wohnungen anwendbar sey [14]). Aber diese Begriffsbestimmung ist offenbar zu eng, und darum auch der Ausdruck „Haussuchung" schlechthin unpassend. Richtiger redet man — wie im Verlaufe dieser Abhandlung geschieht — von einer „Durchsuchung." Zunächst leuchtet es ein, daß nicht nur Häuser und Wohnungen, sondern eben so oft andere Plätze, z. B. Hofräume, Felsenkeller, Gärten, Felder und Wälder durchsucht werden müssen [15]). Das Gleiche gilt von beweglichen Gegenständen. So muß nicht selten der Wagen des Fuhrmanns, das Fahrzeug des Schiffers, das Felleisen des Reisenden, oder der Korb des Markthändlers durchsucht werden. Endlich ist auch die Durchsuchung der Person zu dem gleichen Zwecke denkbar [16]). Man durchsucht den Verdächtigen, welcher vielleicht eine Feile unter dem Haar verborgen, das unterschlagene Goldstück zwischen den Beinen versteckt, oder den gestohlnen Edelstein verschluckt hat. Wenn man die Durchsuchungen der letztern Art Vi-

---

13) Die Besichtigung durch Sachverständige fällt unter den Begriff des Augenscheins, weil die Sachverständigen nur die technische Brille sind, durch welche oder mit welcher der Richter beobachtet. Abegg a. a. O. S. 156. — v. Jagemann in der Zeitschr. a. a. O. S. 344. — Müller a. a. O. S. 258.

14) Von „Gebäuden und Behältnissen" redet v. Jagemann im Crim. Archiv 1837. S. 119. — und Mittermaier Straf-Verf. I. S. 420. — Bauer a. a. O. S. 131. redet nur von „Privatwohnungen", läßt aber S. 132. eine analoge Ausdehnung auf Personen zu.

15) Meister princ. jur. crim. §. 377. substituirt richtiger „locorum" und „regionum", und Heffter a. a. O. S. 647. redet von „Ortsbesichtigung (perscrutatio locorum)".

16) Bauer a. a. O. S. 132. — Jenull a. a. O. S. 51. — Müller a. a. O. S. 256.

sitationen im engern Sinne nennt, und von der Haussuchung unterscheidet [17]); so läßt sich hiergegen an sich nichts einwenden, aber zwischen beiden besteht kein wesentlicher, sondern nur ein zufälliger, von dem Gegenstande, auf welchen sich die Durchsuchung bezieht, hergeleiteter Unterschied. Besser läßt man daher auch diese Unterscheidung weg, und redet nur von einer gerichtlichen Durchsuchung, welche alle Arten unter sich begreift.

Augenschein und Durchsuchung sind entweder besondere (specielle) Maßregeln, in sofern sie sich nur auf einzelne Sachen oder Personen erstrecken, oder allgemeine (generelle), in sofern sie über einen ganzen District oder einen ganzen Complex von Personen ausgedehnt werden. Diese Eintheilung ist bei der Haussuchung gemeinüblich [18]), dagegen wird sie bei dem Augenschein, meines Wissens, nirgends hervorgehoben. Gleichwohl ist sie auch hier am Platze. Wenn in einem Wirthshause Jemand im Raufhandel getödtet wurde, so kann der Richter die Besichtigung aller Anwesenden anordnen, um zu ermitteln, ob nicht Einer oder der Andere Verletzungen an sich trägt, und dadurch der Verdacht der Theilnahme am Raufhandel auf sich lud. Ist erwiesen, daß bei einer im Orte vorgefallenen Verwundung der Thäter die Waffe mit der linken Hand geführt habe, wird sich der Richter veranlaßt sehen, bei sämmtlichen Purschen des Orts nachzuforschen, wer den linken Arm statt des rechten gebrauche. Um den Schreiber eines Pasquills zu entdecken, mag die Beaugen-

---

17) So unterscheiden Abegg a. a. O. S. 125. — Henke a. a. O. IV. S. 608. — Müller a. a. O. S. 256.

18) Meister princ. jur. crim. §. 377. — Feuerbach Lehrb. d. Peinl. R. S. 709. — v. Jagemann im Crim. Archiv a. a. O. S. 127 u. f. — Mittermaier Straf-Verf. I. S. 423. — Henke a. a. O. IV. S. 609. — Müller a. a. O. S. 278.

scheinigung der Handschriften sämmtlicher Einwohner des Dorfs angemessen seyn. Um zu ermitteln, wo das beim Dieb gefundene Getreide gestohlen sey, werden die Felder einer ganzen Gemarkung besichtigt. Auf gleiche Weise kann verificirt werden, wessen Fuß in die Fußspuren paßt, die sich am Orte des Raubs finden. Es läßt sich nicht einmal behaupten, daß derartige allgemeine Besichtigungen seltener vorkommen, als allgemeine Durchsuchungen. Letztere — wenn man von bloßen Polizeimaßregeln [19]) absieht und nur gerichtliche Anordnungen im Auge hat — sind wohl noch seltener am Platze, wie allgemeine Besichtigungen, und auch gewöhnlich in den gleichen Fällen indicirt, wie jene. So werde ich bei dem Raufhandel im Wirthshause die Anwesenden besichtigen, um Verletzungen, und durchsuchen, um Werkzeuge, womit die That verübt werden konnte, bei ihnen zu entdecken.

§. 3.

III. Zweck derselben.

Die Besichtigung und die Durchsuchung haben den Zweck, Beweismittel für den Thatbestand eines Verbrechens oder für die Thäterschaft zu erhalten, oder sich der Person des Thäters zu versichern.

Beim Augenschein ist dessen Natur als Beweismittel hervortretend, und darum wird derselbe, wie schon im §. 1. bemerkt wurde, gewöhnlich unter den Beweismitteln abgehandelt. Aber nur dann, wenn der Richter schon anderwärts von der Existenz eines Verbrechens Kenntniß hat, und nun den Augenschein lediglich in der Absicht vor-

---

19) Ueber die polizeiliche Natur allgemeiner Durchsuchungen vergl. Abegg a. a. O. S. 126. — Völker a. a. O. S. 185.

nimmt, die sinnlich wahrnehmbaren Spuren des Verbrechens (die Aeußerlichkeit der That, die Umänderungen in der Sinnenwelt, welche als Folge der That erscheinen) zu constatiren, hat er ausschließlich und unmittelbar den Zweck, ein Beweismittel zu schaffen [20]). Schon weniger ausgeprägt als Beweismittel ist der Augenschein, welchen der Richter zu seiner Orientirung d. h. deßhalb vornimmt, um die Aussagen der Zeugen oder des Angeschuldigten besser zu verstehen. Hier will er nicht das Vorhandenseyn einer Thatsache nachweisen, von der er schon anderwärts Kenntniß hat, oder die dem Angeschuldigten oder den Zeugen als vorhanden bezeichnet wird, sondern er will sich nur die Möglichkeit verschaffen, die von jenen Personen vorgebrachten Thatsachen besser würdigen und verstehen zu können. Der Augenschein ist also, streng genommen, nicht selbst ein Beweismittel, sondern Mittel zum Verständniß eines solchen [21]).

In andern Fällen endlich wird der Augenschein zu dem Zweck vorgenommen, um Beweise aufzufinden, von deren Existenz der Richter noch gar keine Kenntniß hat. Der Richter will Spuren des Verbrechens aufsuchen [22]). So wird der Augenschein vorgenommen, weil der Richter vermuthet, daß am Orte des Raubs sich Fußspuren im weichen Sande oder in dem Schnee finden werden, welche auf den Thäter leiten. Er wird das Haus, worin gestohlen wurde, besichtigen, um zu ermitteln, ob der Thäter

20) Da aber dieser Zweck bei dem einfachen, ohne Beizug von Sachverständigen vorgenommenen Augenschein nur selten vorliegt, kann Kleinschrod im Crim. Archiv J. 1804. Hft. 3. S. 2. mit Recht sagen, der Augenschein sey mehr Hülfsmittel anderer Beweise, als ein selbständiger Beweis.

21) „Ein Hülfsmittel zum Beweise". Kleinschrod im Crim. Archiv 1804. Hft. 3. S. 2.

22) Mittermaier Straf-Verf. I. S. 539.

muthmaßlich ein Hausgenosse war. Dahin kann der Fall gehören, wo der Richter genauere Kenntniß über die Natur des Verbrechens (seine Qualification) erhalten will. Der Bestohlene hat einen einfachen Diebstahl angezeigt, aber der Richter will sich überzeugen, ob nicht ein Diebstahl mit Einsteigen vorliege.

In sofern nun der Augenschein in einzelnen Fällen unmittelbar zur Nachweisung einer dem Richter schon anderswoher bekannten Thatsache vorgenommen wird, mit andern Worten, wahres Beweismittel ist, besteht allerdings ein Unterschied zwischen demselben und der Durchsuchung, deren Zweck stets nur darauf gerichtet ist, Beweise aufzufinden [23]). Denn, wenn auch der Richter, welcher in einem Hause nach gestohlenen Sachen sucht, schon Kenntniß davon hat, daß solche an einem Orte niedergelgt wurden, so ist doch sein Zweck nicht dahin gerichtet, zu constatiren, ob diese Thatsache wahr sey, sondern er will die Sachen selbst zu Gerichtshanden nehmen, um einer Anzeigung — den Besitz der gestohlenen Sache — zu construiren [24]). Aber diesen Unterschied kann man nicht als einen wesentlichen gelten lassen, weil er nur in einzelnen Fällen vorkommt, daher nicht aus dem Begriff beider Untersuchungshandlungen abfließt. Dagegen ist in beiden Fällen der Zweck der Nachforschung, Beweismittel zu erhalten, wobei die größere oder geringere Wahrscheinlichkeit des Erfolgs an sich keinen Unterschied begrün-

23) Kleinschrod im Crim. Archiv v. J. 1800. Hft. 3. S. 47.

24) Handelt es sich um gestohlene Sachen, die im Hause verborgen sind, so begründet auch die Thatsache des Verbergens einen Verdacht, wenn auch keine selbständige Anzeigung neben dem Indicium, welches in dem Besitze der gestohlnen Sache enthalten ist. Hier ist die Gerichtshandlung, soweit nach den Sachen gesucht wird, Haussuchung, soweit aber die Thatsache, daß sie unter dem Stroh verborgen waren, constatirt wird, Augenschein.

det [25]). Die Gegenstände, welche besichtigt oder durchsucht werden, sind für den Richter nur in sofern wichtig, als sie Beweise für den Thatbestand oder gegen den Verbrecher darstellen [26]).

Außerdem wird aber als Zweck der Haussuchung noch weiter die Auffindung des Thäters selbst aufgeführt [27]), und dieser Zweck kann ebenfalls beim Augenschein vorhanden seyn. Handelt es sich um die Entdeckung eines bisher nicht bekannten Thäters, so gehört auch dieser Fall unter die früher erörterten, so oft nämlich nicht die Festnehmung des Thäters, sondern zunächst nur die Auffindung von Verdachtsgründen gegen denselben bezweckt wird, z. B. die Besichtigung des Raufers, um Verletzungen an ihm zu erkennen, oder seine Durchsuchung, um das Werkzeug, womit er verwundete, aufzufinden. Manchmal ist aber der nächste Zweck, den Thäter zu ergreifen. Bei der Haussuchung ist dieser Fall häufiger, darum wird desselben in den Lehrbüchern speciell gedacht, z. B. wenn das Haus durchsucht wird, um den Verbrecher, welcher sich in dasselbe geflüchtet hat, festzunehmen. Aber auch der Augenschein kann diesen Zweck haben, z. B. wenn die Spuren des flüchtigen Verbrechers im Sande oder im Schnee verfolgt

---

25) Daß viele Haussuchungen keinen Erfolg haben, womit Bölker a. a. O. S. 185. den wesentlichen Unterschied zwischen Augenschein und Haussuchung zu charakterisiren glaubt, kann nur beweisen, daß letztere nicht immer Beweise schafft, ändert aber an unserer Behauptung um so weniger, als dies auch beim Augenschein der Fall seyn kann.

26) „die für die Strafuntersuchung als Beweise gegen den Thäter oder über die That, oder als Spuren der That wichtig werden", sagt Mittermaier Straf=Verf. I. S. 421, in Bezug auf die Haussuchung. Die Spuren der That zeigen aber entweder, daß eine That begangen wurde, oder sie weisen auf den Thäter: in beiden Fällen sind sie Beweise.

27) v. Jagemann Unters. Kunde I. S. 78. 171. — Mittermaier Straf=Verf. I. S. 421. — Feuerbach a. a. O. S. 536.

werden. Hier ist natürlich von keinem Beweismittel die Rede, der Richter greift zu der einen oder andern Maßregel, um des Verbrechers habhaft zu werden. Wenn er hierüber ein Protokoll aufnimmt, so geschieht es nicht, um ein Beweismittel zu schaffen, sondern um die Legalität seiner Handlungsweise zu rechtfertigen. Hier geht die Maßregel in den Begriff der Nacheile über, und erhällt einen polizeilichen Charakter, wie denn dieselbe in der Praxis auch meist durch Polizeibeamte ausgeführt wird [28]).

§. 4.

IV. Wirkungen auf die Person des davon Betroffenen.

Betrachten wir die Wirkungen, welche der Augenschein oder die Durchsuchung auf die Person dessen, der davon betroffen wird, oder auf seine Angehörigen äußern, so finden wir zunächst einen Eingriff in die Privatrechtssphäre dieser Personen. Aus dem unbeschränkten Eigenthumsrechte folgt, daß der Eigenthümer einer Sache nicht verpflichtet ist, sie wider seinen Willen zu irgend einem Zwecke zu überlassen, oder dem Dritten auch nur den Eintritt auf seinen Grund und Boden zu gestatten [29]). Diese Beschränkung, welche sich der Bürger zum Wohle des Staats unterwerfen muß, ist stets mit Unbequemlichkeiten für ihn verbunden, häufig bringt sie ihm auch wahren Schaden, der mit Geld nicht immer wieder vergütet werden kann. Wenn auf dem Felde die Erndte in vollem

---

28) Stübel Crim. Verf. IV. §. 1864. — v. Jagemann Unters. Kunde I. S. 73.

29) Das Römische Recht, welches diesen Ausfluß des Eigenthumsrechtes anerkannte, gestattete nur ausnahmsweise „ad investigandum fugitivum" dem Privaten oder Polizeibeamten den Eintritt auf Jemandes Grund und Boden. fr. 1. §. 2. fr. 3. D. de fugit. (11, 4.).

Gange ist, und der Eigenthümer die Arbeiten unterbrechen muß, damit der Richter einen Augenschein oder eine Durchsuchung vornehmen kann, so bringt diese Zögerung Nachtheil, der bei eintretendem Witterungswechsel bis zum Verlust der Erndte steigen kann. Bei der Durchsuchung des Hauses, worin die gestohlenen Sachen vermuthet werden, kann der Keller aufgegraben, der Stubenboden aufgebrochen, der Dachstuhl abgedeckt, das Mühlwasser abgeschlagen werden. Bei der Besichtigung des Zimmers, worin der Getödtete erschossen wurde, wird der Boden aufgerissen, um die Menge des vergossenen Bluts abschätzen zu können, oder die Lehne des Kanapees, durch welche die Kugel drang, abgesägt oder zu Gerichtshanden genommen.

Noch weit empfindlicher ist die Kränkung der Persönlichkeit bei Körperbesichtigungen und Durchsuchungen, weil damit meist eine Verletzung des Schamgefühls verbunden ist, z. B. wenn eine Jungfrau besichtigt oder durchsucht wird [30]).

Dieses Eindringen der Obrigkeit in die geheimsten Winkel des Hauses, diese Besichtigung und Durchstöberung der verborgensten Fächer kann ferner der Natur der Sache nach Anlaß geben zum Kundwerden von Geheimnissen der Familie oder des Geschäfts. Man denke an geheim gehaltene Körpergebrechen, welche bei der Besichtigung oder Durchsuchung einer Person entdeckt, an Tagebücher über die innersten Familienangelegenheiten, die unter den Papieren gefunden, an Fabrikgeheimnisse, die bei Besichtigung oder Durchsuchung der Fabrikräume bekannt werden.

---

30) Daß solche Besichtigungen und Durchsuchungen regelmäßig durch Aerzte oder Weiber vorgenommen werden, macht diese Maßregel zwar weniger peinlich, nimmt ihr aber diese Wirkung nicht.

Endlich, und hierin liegt für den gefühlvollen Menschen die empfindlichste Folge, wird die Ehre der Person durch diese Maßregel mit einem Makel behaftet. Die Besichtigung des Mädchens, das eines Kindesmords beschuldigt ist, die Durchsuchung des Hauses einer Person, welche einen Diebstahl begangen haben soll, brandmarkt dieselben in den Augen des Publikums. Wenn auch diese Folge nicht immer eintritt, namentlich dann nicht, wenn die Durchsuchung oder Besichtigung nicht in der Absicht unternommen wird, Beweise gegen die davon betroffene Person zu erhalten, z. B. bei der Besichtigung des Thatplatzes oder Durchsuchung des Hauses, worein sich der Verbrecher geflüchtet hat, so ist doch zu bedenken, daß das Publikum diese Unterscheidung nicht zu machen pflegt, nach seiner Kenntniß von dem Straffall auch gar nicht machen kann, so daß man annehmen darf, daß der Durchsuchte oder Besichtigte bei seinen Mitbürgern meist in Verdacht kommt.

V. Voraussetzungen derselben.

§. 5.

1) Eine eingeleitete Criminaluntersuchung.

Augenschein und Durchsuchung sind **gerichtliche Untersuchungshandlungen**, sie können daher vom Richter nur dann vorgenommen werden, wenn eine Strafuntersuchung bereits eingeleitet, oder doch Stoff zur Einleitung derselben vorhanden ist. Man pflegt dieses Erforderniß hinsichtlich der Haussuchung dahin auszudrücken, „es müsse hergestellt oder wahrscheinlich seyn, daß ein Verbrechen begangen wurde" [31]), oder „der Thatbestand eines Verbrechens müsse bis zur Wahrscheinlichkeit hergestellt seyn" [32]). Damit

31) v. Jagemann im Crim. Archiv a. a. O. S. 121.

32) Mittermaier Straf-Verf. I. S. 424.

ist im Wesentlichen das Gleiche gesagt; denn nur in diesem Falle ist auch der Richter ermächtigt, eine gerichtliche Untersuchung einzuleiten[33]). Obwohl hiernach der oben aufgestellte Satz mit der gemeinüblichen Theorie übereinstimmt, glaube ich doch aus zwei Gründen, daß die vorgeschlagene Ausdrucksweise vorzuziehen sey. Einmal verleitet die andere Fassung zu dem Gedanken, daß zwischen den Gründen zur Einleitung einer Criminaluntersuchung und zur Vornahme eines Augenscheins oder einer Durchsuchung auch in dieser Beziehung ein Unterschied stattfinde, was in Wahrheit der Fall nicht ist. Sobald Grund zur Eröffnung der Generaluntersuchung vorliegt, ist der Richter zur Vornahme von Augenschein und Haussuchung berechtigt, wenn und in wie weit sie nicht als Acte der Specialuntersuchung erscheinen, wovon unten §. 7. weiter zu reden ist. Dann aber überhebt sie uns der Verpflichtung, hier auf den erforderlichen Grad der Wahrscheinlichkeit einzugehen, es genügt im Allgemeinen, auf die Bedingungen zur Einleitung einer Strafuntersuchung zu verweisen.

Es wird gewöhnlich die Untersuchung schon eingeleitet seyn, wenn der Richter zu diesen Untersuchungshandlungen schreitet, doch ist dies nicht umumgänglich nöthig. Regelmäßig beginnt die Strafuntersuchung damit, daß der Veranlassungsgrund z. B. die Anzeige des Damnificaten, die Aussage des Zeugen u. s. w. actenmäßig gemacht wird, aber es kann auch Gefahr auf dem Verzug haften, z. B. wenn das eingetretene Thauwetter die Blutspuren oder Fußtritte im Schnee zu verwischen droht, oder der Thäter sich bereits auf der Flucht befindet. Hier ist es dem Richter nicht möglich, vorher ein Protokoll aufzunehmen, vielmehr würde er unverweilt zu dem Augenschein

---

33) Vergl. v. Jagemann im Crim. Archiv a. a. O. S. 121. 122.

oder der Durchsuchung schreiten [34]). Der Richter handelt alsdann gewissermaßen auf seine Verantwortlichkeit hin, und muß, sobald er hierzu Zeit findet, das Versäumte nachholen, folgeweise nachträglich noch wissen, daß die Vorbedingungen dieser Untersuchungshandlung vorlagen.

Daß bei dem Augenschein ganz dieselben Voraussetzungen eintreten, scheint mir nach obiger Ausführung zweifellos. In den Lehrbüchern wird dies auch keineswegs verkannt, aber nicht hervorgehoben, weil man den Augenschein unter dem Gesichtspunkt eines Beweismittels betrachtet, und sich dann von selbst versteht, daß eine Untersuchung bereits im Gange seyn muß. Aber man verleitet zu Mißverständnissen, wenn man unbedingt den Satz ausspricht: Wo der Augenschein vom Richter nöthig gefunden wird, kann Niemand die Vornahme desselben verweigern [35]).

In der Praxis kommen allerdings Besichtigungen und Durchsuchungen vor, ohne daß die Bedingungen zur Einleitung einer Strafuntersuchung vorliegen; dahin gehören Streifen nach Verbrechern, unvermuthete Durchsuchungen verdächtiger Wirthshäuser, Besichtigung der Fremdenbücher der Wirthe u. dergl., aber eben weil sie nicht im Gefolge einer eingeleiteten Strafuntersuchung an-

---

34) v. Jagemann im Crim. Archiv a. a. O. S. 122. verlangt wenigstens summarische Aufzeichnungen; aber auch dazu wird nicht immer die nöthige Zeit vorhanden seyn.

35) Mittermaier Straf-Verf. I. S. 542. Wenn dieser Schriftsteller hinzufügt: „Nur bei Augenschein an einer Person, die nicht selbst eines Verbrechens angeschuldigt wird, sondern nach der Anzeige Gegenstand des Verbrechens war, muß das Recht zur Vornahme des Augenscheins an der Person durch eine mit Wahrscheinlichkeitsgründen unterstützte Anschuldigung, die zur Einleitung eines Strafverfahrens hinreicht, begründet seyn" — so scheint er von der Ansicht auszugehen, daß in andern Fällen nicht einmal Grund zur Einleitung einer Strafuntersuchung vorliegen müsse.

geordnet werden, fallen sie in den Kreis der Polizeimaßregeln [36]), und sind hier nicht weiter zu erörtern.

§. 6.

2) Wahrscheinlichkeit eines Erfolgs.

Nur dann, wenn aus der Natur des Verbrechens oder den Umständen des einzelnen Falles sich annehmen läßt, daß ein Augenschein oder eine Durchsuchung den erwarteten Erfolg haben werde, darf der Richter zu dieser Maßregel schreiten [37]). Aus diesem Gesichtspunkt ergiebt sich zunächst, daß bei manchen Verbrechen schon nach der Natur der strafbaren That von dieser Untersuchungshandlung nicht die Rede seyn kann. So würde man zur Feststellung des Thatbestandes einer Ehrenkränkung, einer Gotteslästerung oder eines Meineids nicht dazu schreiten können, dagegen liegt in andern Fällen umgekehrt in der Art des Verbrechens schon die Wahrscheinlichkeit des Erfolgs. So wird bei Diebstahl, Raub, Münzfälschung eine Durchsuchung, bei Tödtungen, Verwundungen, Widersetzlichkeit u. dergl. ein Augenschein vorgenommen werden müssen, weil man annehmen darf, daß gestohlene oder geraubte Gegenstände und Werkzeuge zum Falschmünzen aufgefunden, oder Verletzungen an dem Beschädigten zu entdecken sind.

Ist nun das Verbrechen derartig, daß die Wahrscheinlichkeit für den Erfolg eines Augenscheins oder einer Durchsuchung nicht schon in der Natur desselben liegt, so muß diese Wahrscheinlichkeit in den Umständen des einzelnen Falles liegen. So können z. B. bei einer wegen

---

36) Tittmann a. a. O. III. S. 179. — Bauer a. a. O. S. 132.

37) v. Jagemann im Crim. Archiv a. a. O. S. 122. — Mittermaier Straf-Verf. I. S. 424. 542.

Meineids eingeleiteten Untersuchung Vermuthungsgründe vorliegen, daß der Thäter zuvor wegen seines Vorhabens mit einem Vertrauten correspondirt habe, und darauf hin wäre Durchsuchung angemessen.

Diese Wahrscheinlichkeit kommt besonders dann in Betracht, wenn Augenschein und Durchsuchung an der Person oder dem Eigenthum von Dritten d. h. von Personen vorgenommen werden soll, welche weder als Urheber oder Theilnehmer des Verbrechens noch als Damnificaten erscheinen. So ist es bei dem Diebstahl augenfällig, daß eine Haussuchung in der Wohnung des Thäters, oder bei der Verwundung, daß eine Besichtigung des Verletzten vorzunehmen sey. Will ich jedoch in dem Hause eines Dritten darum Haussuchung halten, weil *möglicher Weise* die gestohlenen Sachen in dasselbe gebracht wurden, so kann diese allgemeine Möglichkeit nicht genügen, sondern es muß eine aus besondern Verdachtsgründen abquellende Wahrscheinlichkeit vorliegen, daß die gestohlenen Sachen hier verborgen wurden. Das Gleiche gilt beim Augenschein. Wenn der Richter das Zimmer, in welchem der Ermordete gefunden wurde, beaugenscheinigt, so ist er nicht ohne Weiteres ermächtigt, den Augenschein auf die Nachbarhäuser auszudehnen, weil es *möglich* ist, daß der Thäter durch die Nachbarhäuser seine Flucht bewerkstelligt habe, oder durch solche in das Haus eingedrungen sey. Vielmehr ist dies nur dann gerechtfertigt, wenn aus den Umständen, z. B. aus dem in die Scheidewand gebrochenen Loche, den Fuß- oder Blutspuren u. dergl. hierzu Anlaß gegeben ist. So einfach dies ist, so sehr sich dies eigentlich von selbst versteht, so ist es doch von Interesse, Gewicht darauf zu legen, weil man häufig den unbedingten Satz aufstellt, Jeder müsse sich den Augenschein gefallen lassen, wenn der Richter es

angemessen finde [38]), wodurch dem gewissenlosen Richter möglich wird, unter dem Vorgeben eines Augenscheins beliebig in das Eigenthum der Bürger zu dringen. Besonders erheblich wird die Frage aber dann, wenn der Augenschein am Körper des Beschädigten vorgenommen werden soll. Wenn Jemand wegen Nothzucht in Untersuchung steht, die genöthigte Person aber nicht bekannt ist, so kann der Richter nicht ohne Weiteres eine Person als die muthmaßlich Genöthigte untersuchen, es müssen vielmehr schon bestimmte Beweisgründe vorliegen, um dieselbe zu verpflichten, sich einer solchen Besichtigung zu unterwerfen [39]).

Endlich folgt aus dem aufgestellten Satze noch eine weitere Beschränkung, welche gleichfalls einer besondern Erwähnung bedarf, um die Bürger vor dem Mißbrauch der richterlichen Gewalt zu bewahren. Das Recht zum Augenschein und zur Durchsuchung ist auch da, wo es im Allgemeinen begründet erscheint, nicht unbeschränkt, sondern darf nur so weit ausgedehnt werden, als es aus dem im einzelnen Falle vorliegendem Berechtigungsgrunde folgt. Will der Richter das Haus besichtigen, in welches der Dieb eingestiegen ist, so darf er nicht noch nebenbei in die anderen Gemächer dringen, weil nur die Besichtigung des Zimmers, in welches eingestiegen wurde, durch die Natur des Verbrechens indicirt ist, eine weitere Ausdehnung des Augenscheins daher nur gerechtfertigt wäre, wenn hierzu ein besonderer Grund vorläge. Eben so wenig könnte der Richter, welcher nach der gestohlenen Uhr nachsucht, die Papiere der Person durchsuchen, um auf diesem Wege vielleicht weitere Verdachtsgründe oder ein anderes Verbrechen aufzuspüren.

---

38) Mittermaier Straf-Verf. I. S. 542.

39) Dessen Beweis S. 174. und Straf-Verf. I. S. 542.

8) Eine Rechtspflicht zur Gestattung derselben.

§. 7.

a) Gegenüber dem muthmaßlichen Thäter

Es kann nicht genügen, daß die Untersuchungshandlung im einzelnen Falle einen Erfolg verspreche, um den Richter zu ihrer Vornahme zu legitimiren, wenn ihm das Gesetz diese Befugniß nicht ausdrücklich einräumt. Da nun über Augenschein und Durchsuchung das gemeine Recht keine Gesetzesbestimmungen enthält, und wir es mit einer Schöpfung der Praxis zu thun haben, können wir das Recht des Richters nicht einfach aus der Zweckmäßigkeit oder Nothwendigkeit der Maßregel ableiten, sondern wir müssen auch die Verpflichtung der Person, welche von der Maßregel betroffen wird, *besonders* begründen.

Hierbei wollen wir mit dem wichtigsten Falle beginnen — wo nämlich die Vornahme des Augenscheins oder die Durchsuchung beurkundet, daß der Richter die Person, gegen welche er die Maßregel anordnet, als den muthmaßlichen Thäter betrachtet. Dies ist beim Augenschein dann der Fall, wenn die Person oder ihr Eigenthum in der Absicht besichtigt wird, um die Spuren zu ermitteln, welche sich vorfinden müssen, wenn diese Person ein gewisses Verbrechen verübt hat, z. B. die Besichtigung des Bettes, der Kleider oder des Körpers eines Mädchens, um zu ermitteln, ob dasselbe heimlich geboren habe. Bei der Durchsuchung tritt dies dann ein, wenn nach Gegenständen, die durch das Verbrechen entfremdet sind, oder nach Werkzeugen, womit das Verbrechen verübt wurde, nachgesucht wird.

Diese Maßregel wird gegen die Person, welche *ihr* unterworfen wird, nur in der bestimmten Unter-

stellung unternommen, daß sie Urheber oder Theilnehmer eines Verbrechens sey, sie ist folglich ein Act der Specialinquisition [40]). Die Frage, welche Voraussetzungen zur Vornahme dieser Maßregel der Specialinquisition erforderlich sind, fällt daher mit der Frage zusammen, ob Grund zur Specialuntersuchung vorliege; mit andern Worten, sobald ein Angeschuldigter in den Stand der Specialuntersuchung versetzt ist, oder in solchen versetzt werden kann, ist diese Art des Augenscheins und der Durchsuchung zulässig [41]). Es scheint mir daher nur zu Verwirrungen zu führen, wenn man — statt diesen Satz aufzustellen — für Augenschein und Durchsuchung besondere Erfordernisse aufzählt, namentlich einen dringenden [42]) oder soviel Verdacht verlangt, als zur Erlassung eines Verhaftbefehls erforderlich ist [43]). Wenn auch durch diese Ausdrücke im Wesentlichen das Gleiche gesagt wird, so weckt man doch den Gedanken, daß damit etwas Besonderes gemeint sey. Eben deßhalb gehört es auch gar nicht zu unserer Aufgabe, den Grad des erforderlichen Verdachts näher zu erörtern, vielmehr genügt es, im Allgemeinen auf die Vorbedingungen zur Einleitung der Specialuntersuchung zu verweisen [44]).

Wenn man überhaupt den im Wesen unseres Strafprocesses begründeten Satz anerkennen muß, daß in Voraussetzung des Vorhandenseyns der Bedingungen zur

---

40) Henke a. a. O. IV. S. 810. — Müller a. a. O. S. 439.

41) Bauer a. a. O. S. 131.

42) Mittermaier Straf-Verf. I. S. 542.

43) Ebendas. S. 424. 425.

44) Henke a. a. O. IV. S. 834—836. — Vergl. auch P. G. O. art. 6.

Specialinquisition gegen den Angeklagten alle die Beschränkungen vorgekehrt werden dürfen, welche in der Unterstellung, daß er der Thäter sey, zur Sicherung der Untersuchung und ihres Erfolgs nöthig sind, so kann man auch nicht bezweifeln, daß Augenschein und Durchsuchung gestattet werden müssen. Wer sich dem richterlichen Special-Interrogatorium, und dem Verhaft unterwerfen muß, der kann nicht behaupten, er werde empfindlicher getroffen, durch einen Augenschein oder die Durchsuchung seines Eigenthums. Wer durch gerichtliche Nacheile oder Steckbriefe verfolgt wird, kann in der Durchsuchung seiner Wohnung kein härteres Mittel zu seiner Ergreifung erblicken.

§. 8.

b) Gegenüber von Personen, auf welchen der Verdacht der Thäterschaft nicht ruht.

Aus der Erörterung des vorhergehenden §, wonach die dort bezeichneten Arten der Besichtigung und Durchsuchung an die Vorbedingungen der Specialuntersuchung gebunden sind, folgt umgekehrt, daß überall, wo diese Voruntersuchungen fehlen, derartige Untersuchungshandlungen unstatthaft sind. Gleichwohl finden wir, daß Augenschein und Durchsuchung auch in andern Fällen häufig vorkommen. So kommen sie namentlich vor bei Personen, die durch das Verbrechen verletzt sind, z. B. Besichtigung einer Genothzüchtigten, Augenschein im Hause des Bestohlenen, Nachsuchung im Hause des Vergifteten nach giftigen Stoffen, oder selbst bei dritten Personen, wie z. B. die Beaugenscheinigung der Fußspuren, welche über das Eigenthum Dritter gehen, die Durchsuchung ihrer Gebäude, weil die geraubten Sachen dorthin verborgen, oder der Thäter dorthin ge-

flüchtet ist. Hier wird die Frage bedenklicher, in wiefern der Richter verpflichtet sey, sich einer derartigen Maßregel zu unterwerfen[45])? Die Antwort, daß dem Rechte des Staats, begangene Verbrechen zu untersuchen, die Pflicht des Staatsbürgers, alles was in dieser Absicht vom Staate unternommen wird, zu dulden, als Correlat gegenüber stehen, kann uns nicht befriedigen, weil sie in dieser Allgemeinheit unrichtig ist, und den Bürger zu einer Sache erniedrigt, an welcher der Richter beliebig experimentiren könnte. Wir müssen vielmehr weiter untersuchen, ob gesetzlich eine Pflicht des Bürgers hierzu deducirt werden könne? Sie folgt aus der Pflicht zur Zeugnißablegung[46]). Dieselbe besteht aber in der Verbindlichkeit, den Behörden zur Erreichung von erlaubten Strafzwecken, hier namentlich zur Ermittelung von strafbaren Handlungen Auskunft zu ertheilen, so weit dies in der Macht des Einzelnen steht. Sie wird vorzugsweise durch mündliche Auskunft vor der Behörde erfüllt, aber wo solche nicht anwendbar ist, oder nicht ausreicht, muß ihr auf jede andere Weise entsprochen werden, welche den Umständen angemessen ist. Deßhalb ist derjenige verpflichtet, sich Besichtigungen und Durchsuchungen seiner Person oder seines Eigenthums zu unterwerfen[47]); die Verpflichtung ad pa-

---

45) Man denke z. B. an die Besichtigung eines unbescholtenen Mädchens, weil Verdacht vorliegt, dasselbe sey genothzüchtigt worden. Mittermaier Beweis S. 174. und Straf-Verf. I. S. 542.

46) Diese Pflicht ist gesetzlich begründet, und in der Wissenschaft unbestritten, daher ihre Nachweisung nicht hierher gehört. Vergl. Stübel a. a. O. IV. §. 2428.

47) Dieser Gesichtspunkt ist hinsichtlich der Urkunden-Edition in der (übrigens nicht glossirten) Justinianeischen Verordnung c. 22. C. de fide instr. (4, 21.) in den Worten anerkannt: ceterum illi codices vel instrumenta proferre cogantur,

tiendum ist ohnehin meist eine leichtere, als die ad faciendum.

Aus diesem Grundsatze folgt dann auch umgekehrt, daß Augenschein und Durchsuchung im Rechtsgebiete Dritter unstatthaft sind, wenn und in wie weit der Dritte das Zeugniß verweigern kann [48]). Die Erörterung, in welchen Fällen Augenschein und Durchsuchung abgelehnt werden können, gehört hiernach gleichfalls nicht hierher, indem die Verweisung auf die Ablehnung des Zeugnisses genügt [49]).

Endlich müssen wir hier noch des Falles gedenken, wo bei Vornahme des Augenscheins oder der Durchsuchung gar nicht entschieden werden kann, ob die davon getroffene Person dadurch als muthmaßlicher Thäter oder als unbetheiligter Dritter behandelt wird, nämlich der allgemeinen Besichtigung oder Durchsuchung. In Praxis und Wissenschaft ist man geneigt, hier dem Richter denselben weiten Spielraum zu geben, wie bei der Vornahme derartiger Untersuchungshandlungen gegen dritte Personen, weil dadurch kein Verdacht gegen bestimmte Personen ausgesprochen wird [50]). Diese allgemeine Maßregel kann in einer Weise vorkommen, daß weder gegen einzelne noch gegen eine Mehrzahl von Personen

---

qui et testimonium dicere adversus aliquem coguntur. Vergl. Mittermaier Straf-Verf. I. S. 331. — Müller a. a. O. S. 331. — Weiske a. a. O. S. 197.

48) Für die Urkunden-Edition wird gewöhnlich das Gleiche behauptet. — Mittermaier Straf-Verf. I. S. 444. Anderer Meinung ist Bauer a. a. O. S. 134. 135, welcher aber Haussuchung zum Zweck der Urkundenauffindung gestatten will! Vergl. auch Henke a. a. O. IV. S. 617.

49) Vergl. hier Zachariä a. a. O. S. 106—111.

50) Henke a. a. O. IV. S. 610. — Mittermaier Straf-Verf. I. S. 423. 424. — Dagegen v. Jagemann im Crim. Archiv v. J. 1837. S. 128 u. f.

ein Verdacht ausgesprochen wird, z. B. wenn in einem Dorfe nachgesucht wird, weil der Dieb gesteht, in einem Hause, das er nicht näher bezeichnen kann, die gestohlenen Sachen verborgen zu haben; oder wenn sämmtliche Gärten des Dorfs besichtigt werden, um zu erforschen, woher die Kindesabtreiberin die Zweige des Sevenbaumes genommen habe. Meist aber wird sie da angewendet, wo Verdacht vorliegt, daß der Thäter oder ein Gehülfe desselben sich unter den betreffenden Personen befinde. Hier lastet ein allgemeiner Verdacht auf einer Mehrzahl von Personen, welcher durch die Untersuchungshandlung auf bestimmte Personen fixirt oder von allen abgewendet werden soll. Niemand wird also durch dieselbe unschuldig verdächtigt; denn derjenige, bei welchem sie ein Ergebniß hat, kann sich nicht beschweren, weil sie gegen ihn wohlbegründet war, alle Andere müssen dem Richter noch dankbar dafür seyn, daß er auf diese Weise den auf ihnen lastenden Verdacht zerstörte. Man kann sich hier auf das Gefühl des Bürgers berufen. Wie oft kommt es vor, daß die Gäste eines Wirthszimmers, in welchem gestohlen wurde, selbst dringend verlangen, daß bei ihnen nachgesucht werde, damit kein Unschuldiger in Verdacht komme. Wegen dieser Allgemeinheit des Verdachts kann man nicht sagen, daß diese Maßregel ein Act der Specialuntersuchung sey; die davon betroffene Person erscheint daher zur Zeit noch als Dritter, und ihre Pflicht zur Gestattung ist nach den in unserm §. entwickelten Grundsätzen zu deduciren.

Halle,
Gebauer-Schwetschkesche Buchdruckerei.

